



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1995 Vol. 3

1^{er} cahier, 1995 Vol. 3

Cited as [1995] 3 S.C.R. 3-197

Renvoi [1995] 3 R.C.S. 3-197

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd..... 3

Libel and slander — Joint liability — Defences — Qualified privilege — Appellants alleging in three different documents that respondent lawyer had breached promise to give certain fees he was paid to community organization — Whether appellants defamed respondent — Whether appellants jointly and severally liable for damage caused by all three publications — Whether defence of qualified privilege available.

Libel and slander — Damages — Aggravated damages — Special damages — Appellants alleging in three different documents that respondent lawyer had breached promise to give certain fees he was paid to community organization — Combined effect of documents clearly defamatory — Whether appellants motivated by malice — Whether award for aggravated damages should stand — Whether loss of business sufficiently pleaded to warrant special damages award.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd..... 3

Libelle et diffamation — Responsabilité conjointe — Moyens de défense — Immunité relative — Appelants alléguant, dans trois documents distincts, que l'avocat intimé a manqué à sa promesse de donner à un organisme communautaire certains honoraires qu'il avait touchés — Les appelants ont-ils diffamé l'intimé? — Les appelants sont-ils solidairement responsables du préjudice causé par les trois publications? — Peut-on invoquer le moyen de défense fondé sur l'immunité relative?

Libelle et diffamation — Dommages-intérêts — Dommages-intérêts majorés — Dommages-intérêts spéciaux — Appelants alléguant, dans trois documents distincts, que l'avocat intimé a manqué à sa promesse de donner à un organisme communautaire certains honoraires qu'il avait touchés — Effet combiné des documents clairement diffamatoire — Les appelants étaient-ils motivés par la malveillance? — L'attribution de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Friesen v. Canada 103

Income tax — Deductions — Taxpayer purchasing parcel of raw land for resale at profit — Taxpayer engaged in adventure in the nature of trade — Land declining in value in subsequent years — Taxpayer claiming decline in fair market value of land as business loss in taxation years prior to its sale — Whether taxpayer entitled to make use of valuation scheme in s. 10(1) of Income Tax Act — Meaning of "business" and "inventory" — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9, 10(1), 248(1) "business", "inventory" — Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, s. 1801.

R. v. Cleghorn..... 175

Criminal law — Defences — Alibi — Disclosure requirements — Defence weakened if disclosure requirements not met — Third party conversation with police following arrest — Whether alibi witness' conversation clearly indicating alibi — If so, whether curative provisions of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Pontes 44

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Provincial motor vehicle offence — Absolute or strict liability — Accused charged with driving motor vehicle while prohibited — Whether s. 94(1) of British Columbia Motor Vehicle Act, when read in conjunction with s. 92, creates absolute liability offence which violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Ignorance of the law — Notice.

Criminal law — Provincial motor vehicle offence — Absolute or strict liability — Accused charged with driving motor vehicle while prohibited — Whether combined effect of ss. 94(1) and 92 of British Columbia Motor Vehicle Act creates absolute or strict liability offence.

SOMMAIRE (Fin)

dommages-intérêts majorés devrait-elle être maintenue? — La perte de clientèle a-t-elle été suffisamment invoquée pour justifier l'attribution de dommages-intérêts spéciaux?

Friesen c. Canada 103

Impôt sur le revenu — Déductions — Contribuable achetant un terrain vierge dans le but de le revendre avec bénéfice — Contribuable engagé dans un projet comportant un risque de caractère commercial — Baisse de valeur du terrain au cours des années subséquentes — Contribuable déduisant la diminution de la juste valeur marchande du terrain à titre de perte d'entreprise pour les années d'imposition antérieures à sa vente — Le contribuable peut-il recourir au régime d'évaluation établi à l'art. 10(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Sens des termes «entreprise» ou «affaire» et «inventaire» — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9, 10(1), 248(1) «entreprise» ou «affaire», «inventaire» — Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945, art. 1801.

R. c. Cleghorn..... 175

Droit criminel — Moyens de défense — Alibi — Exigences de communication — Moyen de défense affaibli si les exigences ne sont pas respectées — Conversation entre un tiers et la police après l'arrestation — La conversation avec le témoin de l'alibi révélait-elle clairement l'alibi? — Dans l'affirmative, les dispositions réparatrices du Code criminel s'appliquent-elles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. c. Pontes 44

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Infraction provinciale relative à la conduite d'un véhicule à moteur — Responsabilité stricte ou absolue — Personne accusée d'avoir conduit un véhicule à moteur alors qu'il lui était interdit de le faire — L'article 94(1) de la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique, lu conjointement avec l'art. 92, crée-t-il une infraction de responsabilité absolue qui viole l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Ignorance de la loi — Avis.

Droit criminel — Infraction provinciale relative à la conduite d'un véhicule à moteur — Responsabilité stricte ou absolue — Personne accusée d'avoir conduit un véhicule à moteur alors qu'il lui était interdit de le faire — Les articles 94(1) et 92 de la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique ont-ils pour effet conjugué de créer une infraction de responsabilité absolue ou de responsabilité stricte?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 1995

3^e volume, 1995

Ihor Bardyn, Bohdan Onyschuk, Bohdan Zarowsky, Q.C., and W. Yuriy Danyliw, Q.C. Appellants

v.

Y. R. Botiuk Respondent

and between

B. I. Maksymec and Maksymec & Associates Ltd. Appellants

v.

Y. R. Botiuk Respondent

INDEXED AS: BOTIUK v. TORONTO FREE PRESS PUBLICATIONS LTD.

File Nos.: 23517, 23519.

1994: December 8; 1995: September 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Libel and slander — Joint liability — Defences — Qualified privilege — Appellants alleging in three different documents that respondent lawyer had breached promise to give certain fees he was paid to community organization — Whether appellants defamed respondent — Whether appellants jointly and severally liable for damage caused by all three publications — Whether defence of qualified privilege available.

Libel and slander — Damages — Aggravated damages — Special damages — Appellants alleging in three different documents that respondent lawyer had breached promise to give certain fees he was paid to community organization — Combined effect of documents clearly defamatory — Whether appellants motivated by malice — Whether award for aggravated damages should stand — Whether loss of business sufficiently pleaded to warrant special damages award.

Ihor Bardyn, Bohdan Onyschuk, Bohdan Zarowsky, c.r., et W. Yuriy Danyliw, c.r. Appellants

c.

Y. R. Botiuk Intimé

et entre

B. I. Maksymec et Maksymec & Associates Ltd. Appellants

c.

Y. R. Botiuk Intimé

RÉPERTORIÉ: BOTIUK c. TORONTO FREE PRESS PUBLICATIONS LTD.

N^{os} du greffe: 23517, 23519.

1994: 8 décembre; 1995: 21 septembre.

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

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

Libelle et diffamation — Responsabilité conjointe — Moyens de défense — Immunité relative — Appellants alléguant, dans trois documents distincts, que l'avocat intimé a manqué à sa promesse de donner à un organisme communautaire certains honoraires qu'il avait touchés — Les appellants ont-ils diffamé l'intimé? — Les appellants sont-ils solidairement responsables du préjudice causé par les trois publications? — Peut-on invoquer le moyen de défense fondé sur l'immunité relative?

Libelle et diffamation — Dommages-intérêts — Dommages-intérêts majorés — Dommages-intérêts spéciaux — Appellants alléguant, dans trois documents distincts, que l'avocat intimé a manqué à sa promesse de donner à un organisme communautaire certains honoraires qu'il avait touchés — Effet combiné des documents clairement diffamatoire — Les appellants étaient-ils motivés par la malveillance? — L'attribution de dommages-intérêts majorés devrait-elle être maintenue? — La perte de clientèle a-t-elle été suffisamment invoquée pour justifier l'attribution de dommages-intérêts spéciaux?

In 1971 members of the Ukrainian community became involved in a confrontation with the police during a demonstration organized by the Ukrainian-Canadian Committee (UCC). The UCC obtained standing as the representative of the Ukrainian community at the public inquiry that was subsequently held. It retained counsel, who was assisted by the respondent, the UCC's legal adviser. The costs of both lawyers were reimbursed by the municipality following the inquiry. The respondent retained the amount paid to him. Rumours began to circulate in the Ukrainian community that he was in breach of his agreement to donate this money to the UCC. The issue was raised at a meeting of the UCC executive, where the concerns were addressed by the respondent and others to the complete satisfaction of those in attendance. The UCC published a letter in a community newspaper reiterating that financial matters connected with the demonstration had already been reported and were satisfactorily settled. Just over a year later, however, the individual appellant M tabled a report at the UCC's general meeting alleging that the respondent had reneged on his promise to give the money he received to the UCC. The UCC drafted a response which was published in a community newspaper. M in turn prepared a declaration signed by eight lawyers, four of whom are appellants here, confirming M's report. The declaration was reproduced in a community newspaper and mailed to certain members of the Ukrainian community. M also presented a separate reply to the Ontario Council of the UCC which incorporated the lawyers' declaration. The respondent sued the appellants for libel. The trial judge awarded him \$140,000 in compensatory damages, which included general damages, aggravated damages and the present value of future pecuniary loss, and special damages of \$325,000 for loss of income. Prejudgment interest was awarded for a 12½-year period. The Court of Appeal held that since special damages were not specifically pleaded, they could only form a part of the general damage award. It awarded \$200,000 in compensatory damages. The court also reduced the term of prejudgment interest to 10 years.

Held: The appeals should be dismissed and the cross-appeals allowed.

En 1971, des membres de la collectivité ukrainienne ont participé à une altercation avec des agents de police, au cours d'une manifestation organisée par le Comité des Ukrainiens-Canadiens («CUC»). Le CUC a obtenu qualité pour agir comme représentant de la collectivité ukrainienne à l'enquête publique tenue subséquemment. Il a retenu les services d'un avocat qui était assisté par l'intimé, le conseiller juridique du CUC. Après l'enquête, la municipalité a remboursé les frais des deux avocats. L'intimé a conservé le montant qui lui a été versé. Des rumeurs ont commencé à courir dans la collectivité ukrainienne, selon lesquelles il aurait manqué à son engagement de faire don de cette somme au CUC. Cette question a été soulevée lors d'une réunion de la direction du CUC, au cours de laquelle l'intimé et d'autres y ont répondu à l'entière satisfaction des participants. Le CUC a publié une lettre dans un journal communautaire, répétant que les questions financières liées à la manifestation avaient déjà fait l'objet d'un rapport et d'un règlement satisfaisant. Cependant, à l'assemblée générale du CUC, tenue un peu plus d'une année plus tard, l'appellant M a déposé un rapport dans lequel il alléguait que l'intimé avait manqué à sa promesse de remettre au CUC la somme qu'il avait reçue. Le CUC a rédigé une réponse qui a été publiée dans un journal communautaire. À son tour, M a rédigé une déclaration confirmant le rapport de M, qui a été signée par huit avocats, dont quatre agissent comme appelants devant notre Cour. La déclaration a été reproduite dans un journal communautaire et envoyée par la poste à certains membres de la collectivité ukrainienne. M a également soumis au conseil ontarien du CUC une réponse distincte comportant la déclaration des avocats. L'intimé a intenté une action pour libelle contre les appelants. Le juge de première instance lui a accordé la somme de 140 000 \$ à titre de dommages-intérêts compensatoires, comprenant des dommages-intérêts généraux, des dommages-intérêts majorés et la valeur actualisée de toute perte pécuniaire future, ainsi que la somme de 325 000 \$ à titre de dommages-intérêts spéciaux pour la perte de revenu subie. Des intérêts avant jugement ont été consentis pour une période de 12 ans et demi. La Cour d'appel a conclu que des dommages-intérêts spéciaux ne pouvaient pas faire partie du montant des dommages-intérêts généraux accordés puisqu'ils n'avaient pas été demandés expressément. Elle a accordé la somme de 200 000 \$ à titre de dommages-intérêts compensatoires. Elle a aussi ramené à 10 ans la période pour laquelle des intérêts avant jugement avaient été consentis.

Arrêt: Les pourvois principaux sont rejetés et les pourvois incidents sont accueillis.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The combined effect of the report, the declaration and the reply published by M and the appellant lawyers was clearly defamatory. The documents unmistakably implied that the respondent was dishonourable and dishonest. They cast doubt upon his integrity, the most important attribute of any lawyer. The appellant lawyers are joint tortfeasors who are jointly and severally liable with M for the damage caused by publication of all three documents. The declaration expressly adopted the contents of the report, and its inclusion in the reply was a natural and logical consequence of the lawyers' signing it without placing any restrictions on its use. The appellant company is also liable since M, by his action and in his capacity as the principal shareholder and officer of the company and its directing mind, clearly associated the company with the defamatory statements.

Qualified privilege attaches to the occasion upon which the communication is made, and not to the communication itself. Where an occasion is shown to be privileged, the *bona fides* of the defendant is presumed and the defendant is free to publish remarks which may be defamatory and untrue about the plaintiff. The privilege is not absolute, however, and may be defeated if the dominant motive for publishing is actual or express malice. Qualified privilege may also be defeated if the limits of the duty or interest have been exceeded. If the information communicated was not reasonably appropriate to the legitimate purposes of the occasion, the qualified privilege will be defeated. While M had a duty to discharge arising from his position as a former president of the UCC, and the UCC's annual general meeting was an appropriate forum at which to present the report, the limits of the privileged occasion were clearly exceeded in relation to the report. Although M may have wished to address the rumours in order to distance himself from the gossip, in doing so it was unnecessary to defame the respondent. Similarly, while the appellants were entitled to respond to the attack on the report to protect their interest, neither the declaration nor the reply was a measured response. The appellants went well beyond what was reasonably appropriate to the occasion and as a result lost the protection afforded by the defence of qualified privilege.

If aggravated damages are to be awarded, there must be a finding that the defendant was motivated by malice. It is clear in this case that M was motivated by express malice. Taking into account the appellant lawyers' status and influential position in the community, and the

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: L'effet combiné du rapport, de la déclaration et de la réponse publiés par M et les avocats appelants était clairement diffamatoire. Ces documents insinuaient indubitablement que l'intimé était un personnage infâme et malhonnête. Ils laissaient planer des doutes sur son intégrité, la plus importante qualité d'un avocat. Les avocats appelants sont les coauteurs d'un délit, qui sont solidairement responsables avec M du préjudice causé par la publication des trois documents. La déclaration adoptait expressément le contenu du rapport et il était naturel et logique qu'elle soit incluse dans la réponse puisque les avocats qui l'avaient signée n'avaient fixé aucune restriction quant à son utilisation. La société appelante est également responsable puisque, par ses actes et en sa qualité de cadre, actionnaire principal et âme dirigeante de la société, M avait nettement associé la société aux déclarations diffamatoires.

L'immunité relative se rattache aux circonstances entourant la communication et non à la communication elle-même. Lorsqu'on établit qu'il y a immunité, la bonne foi du défendeur est présumée et ce dernier est alors libre de publier des remarques sur le demandeur, qui peuvent être diffamatoires et inexacts. Toutefois, l'immunité n'est pas absolue et elle peut cesser d'exister si la publication est principalement motivée par la malveillance véritable ou expresse. L'immunité relative peut également cesser d'exister lorsqu'on a outrepassé les limites du devoir ou de l'intérêt. Si l'information communiquée n'était pas raisonnablement appropriée pour les fins légitimes de l'occasion, l'immunité relative cessera d'exister. Bien qu'un devoir ait incombé à M en tant qu'ancien président du CUC et que l'assemblée générale annuelle du CUC ait constitué un lieu approprié pour déposer le rapport, on a clairement excédé les limites de l'immunité relativement au rapport. M a peut-être voulu s'attaquer aux rumeurs pour se dissocier des racontars, mais ce faisant il n'avait pas à diffamer l'intimé. De plus, même si les appelants avaient le droit de répondre à l'attaque contre le rapport pour protéger leur intérêt, ni la déclaration ni la réponse ne constituaient une réponse modérée. Les appelants sont allés bien au-delà de ce qui était raisonnablement approprié dans les circonstances et ont, de ce fait, perdu la protection offerte par le moyen de défense fondé sur l'immunité relative.

Pour accorder des dommages-intérêts majorés, il faut conclure que le défendeur était motivé par la malveillance. Il est clair que M était motivé par une malveillance expresse. Compte tenu de la situation des appelants comme avocats et personnes influentes dans la

effect of their concerted action in signing the declaration, their conduct in signing the document without undertaking a reasonable investigation as to its correctness was reckless, as was their failure to place any restriction or qualification upon the use that could be made of it. The legal consequence of their recklessness is that their actions must be found to be malicious. Since both M and the appellant lawyers were motivated by malice, they are jointly and severally liable for the compensatory damages awarded, including that portion which represents aggravated damages. For the reasons given in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, a cap on damages in defamation cases is neither needed nor desirable. The loss of business was sufficiently pleaded to warrant the award of special damages, which should be restored. The trial judge's determination that the respondent was entitled to prejudgment interest for a period of 12½ years should also be restored.

Per Major J.: Cory J.'s reasons were agreed with, subject to observations on the extent of liability for defamatory publications where more than one defendant is involved. Not all actions in which multiple defendants are sued will result in a finding of joint and several liability. Depending on the circumstances of a given case, it may be necessary to assess each instance of publication as a separate cause of action. The question of whether the defendants acted jointly or in concert should be considered and where there is the absence of common action the defendants' liability ought to be assessed individually. It is not clear from the record in this case that all of the defamatory documents should have been treated as one libel nor that the necessary concerted action was present for a finding of joint and several liability. The trial judge has an advantage over appellate courts in making findings of fact, however, particularly in matters of credibility, and it would therefore be inappropriate absent palpable error to interfere with either the trial judge's findings of fact or the exercise of his discretion.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Borland v. Muttersbach* (1985), 53 O.R. (2d) 129; **referred to:** *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *Basse v. Toronto*

collectivité, et de l'effet du geste concerté qu'ils ont accompli en signant la déclaration, ils ont fait preuve d'insouciance en signant ce document sans procéder à un examen raisonnable de son exactitude, et en omettant de formuler une restriction ou une réserve quant à l'utilisation qui pourrait en être faite. La conséquence juridique de leur insouciance est que leurs actes doivent être jugés comme étant malveillants. Étant donné que M et les avocats appelants étaient motivés par la malveillance, ils sont solidairement responsables du paiement des dommages-intérêts compensatoires accordés, y compris la partie représentant des dommages-intérêts majorés. Pour les motifs exposés dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, il n'est ni nécessaire ni souhaitable de fixer un plafond aux dommages-intérêts dans les affaires de diffamation. On a suffisamment invoqué la perte de clientèle pour justifier l'attribution de dommages-intérêts spéciaux, qui devrait être rétablie. Il y a également lieu de rétablir la décision du juge de première instance que l'intimé avait droit à des intérêts avant jugement pour une période de 12 ans et demi.

Le juge Major: Les motifs du juge Cory sont acceptés, sous réserve de certaines observations sur l'étendue de la responsabilité relative à des publications diffamatoires lorsque plus d'un défendeur est en cause. Ce ne sont pas toutes les actions intentées contre plusieurs défendeurs qui aboutiront à une conclusion de responsabilité solidaire. Suivant les circonstances d'une affaire donnée, il peut être nécessaire de traiter chaque publication comme une cause d'action distincte. Il faut se demander si les défendeurs ont agi conjointement ou de concert, et, en l'absence d'une action commune, la responsabilité des défendeurs doit être appréciée individuellement. Il n'est pas clair, à la lecture du dossier, que tous les documents diffamatoires auraient dû être considérés comme un seul acte diffamatoire, ni que l'action concertée requise pour conclure à la responsabilité solidaire existait. Le juge de première instance jouit d'un avantage sur les cours d'appel pour tirer des conclusions de fait, particulièrement en matière de crédibilité, et il serait donc inopportun, en l'absence d'une erreur manifeste, de modifier les conclusions de fait du juge de première instance ou d'intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts appliqués: *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Borland c. Muttersbach* (1985), 53 O.R. (2d) 129; **arrêts mentionnés:** *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067;

Star Newspapers Ltd. (1983), 44 O.R. (2d) 164; *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309; *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311; *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275; *H. L. Bolton (Engineering) Co. v. T. J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159; *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 52 O.R. (2d) 473; *People ex rel. Karlin v. Culkin*, 162 N.E. 487 (1928); *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629.

By Major J.

Referred to: *Barber v. Pigden*, [1937] 1 K.B. 664; *Hayward v. Thompson*, [1982] 1 Q.B. 47; *Westbank Indian Bank v. Tomat* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 273.

Statutes and Regulations Cited

Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, s. 138(2).
Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223, s. 36(6).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 49.10.
Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23, s. 38.

Authors Cited

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf).
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
Gatley on Libel and Slander, 8th ed. By Philip Lewis. London: Sweet & Maxwell, 1981.

APPEALS and CROSS-APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1993] O.J. No. 239 (QL), varying a judgment of the Ontario Court (General Division), [1991] O.J. No. 925 (QL), allowing the respondent's action and awarding him damages. Appeals dismissed and cross-appeals allowed.

J. Edgar Sexton, Q.C., and *Mark A. Gelowitz*, for the appellants Ihor Bardyn et al.

Bryan Finlay, Q.C., and *Christopher J. Tzekas*, for the appellants B. I. Maksymec and Maksymec & Associates Ltd.

Basse c. Toronto Star Newspapers Ltd. (1983), 44 O.R. (2d) 164; *Adam c. Ward*, [1917] A.C. 309; *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311; *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275; *H. L. Bolton (Engineering) Co. c. T. J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159; *Standard Investments Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 52 O.R. (2d) 473; *People ex rel. Karlin c. Culkin*, 162 N.E. 487 (1928); *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629.

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *Barber c. Pigden*, [1937] 1 K.B. 664; *Hayward c. Thompson*, [1982] 1 Q.B. 47; *Westbank Indian Bank c. Tomat* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 273.

Lois et règlements cités

Judicature Act, R.S.O. 1980, ch. 223, art. 36(6).
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, ch. 11, art. 138(2).
Loi sur les fiduciaires, L.R.O. 1990, ch. T.23, art. 38.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, art. 49.10.

Doctrine citée

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf).
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
Gatley on Libel and Slander, 8th ed. By Philip Lewis. London: Sweet & Maxwell, 1981.

POURVOIS PRINCIPAUX et POURVOIS INCIDENTS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1993] O.J. No. 239 (QL), qui a modifié un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1991] O.J. No. 925 (QL), qui avait accueilli l'action de l'intimé et lui avait accordé des dommages-intérêts. Pourvois principaux rejetés et pourvois incidents accueillis.

J. Edgar Sexton, c.r., et *Mark A. Gelowitz*, pour les appelants Ihor Bardyn et autres.

Bryan Finlay, c.r., et *Christopher J. Tzekas*, pour les appelants B. I. Maksymec et Maksymec & Associates Ltd.

Sheila R. Block and Jenifer E. Aitken, for the respondent.

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

1 CORY J. — These appeals must consider the consequences which flow from the publication of documents which either directly alleged or clearly implied that the respondent Y. R. Botiuk, a lawyer of Ukrainian descent, had misappropriated money that belonged to the Ukrainian-Canadian community. As a result of these publications, Botiuk, who had previously enjoyed an excellent reputation, was branded as a dishonourable person who could not be trusted. Publishing the documents had a devastating and lasting effect on both his private life and his professional career.

I. Factual Background

2 Botiuk is a lawyer who has practised in the City of Toronto since 1962. From the time of his emigration to Canada in 1951, he has been extensively involved in the affairs of the Ukrainian community and his practice, to a large extent, served the members of that community.

3 The appellant B. I. Maksymec is a professional engineer and principal shareholder and officer of Maksymec & Associates Ltd. Mr. Maksymec has also played a prominent role in the Ukrainian community. It was he who instituted, augmented and continued the libellous attacks on the respondent.

4 The appellants I. Bardyn, B. Onyschuk, B. Zarowsky, Q.C., and W. Y. Danyliw, Q.C., are lawyers of Ukrainian descent who have held positions of importance in their community. They became involved in this case when they agreed to sign a document written by Maksymec which supported his allegations of misconduct by Botiuk.

5 The Ukrainian-Canadian Committee ("UCC") is an extremely important institution in the Ukrainian

Sheila R. Block et Jenifer E. Aitken, pour l'intimé.

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

LE JUGE CORY — Les présents pourvois portent sur l'examen des conséquences de la publication de documents qui soutenaient directement ou insinuaient clairement que l'intimé Y. R. Botiuk, un avocat d'origine ukrainienne, avait détourné des fonds appartenant à la communauté ukraino-canadienne. À la suite de ces publications, Botiuk, qui avait joui jusque-là d'une excellente réputation, a été étiqueté comme étant un infâme personnage à qui on ne pouvait faire confiance. La publication de ces documents a eu une incidence dévastatrice et durable tant sur sa vie privée que sur sa carrière professionnelle.

Le contexte factuel

Botiuk est un avocat en exercice à Toronto depuis 1962. Depuis son émigration au Canada en 1951, Botiuk s'est toujours beaucoup intéressé aux affaires de la collectivité ukrainienne, dont les membres constituaient une grande partie de sa clientèle.

L'appelant B. I. Maksymec est ingénieur de même que cadre et actionnaire principal de Maksymec & Associates Ltd. Monsieur Maksymec a également joué un rôle important dans la collectivité ukrainienne. C'est lui qui a commencé, poussé et poursuivi les attaques diffamatoires contre l'intimé.

Les appelants, I. Bardyn, B. Onyschuk, B. Zarowsky, c.r., et W. Y. Danyliw, c.r., sont des avocats d'origine ukrainienne qui occupent des postes importants au sein de leur collectivité. Ils sont devenus impliqués dans la présente affaire lorsqu'ils ont accepté de signer un document que Maksymec avait rédigé pour étayer ses allégations d'inconduite de la part de Botiuk.

Le Comité des Ukrainiens-Canadiens («CUC») est une institution extrêmement importante de la

community. It is an umbrella organization serving the needs of Ukrainian-Canadians on the national, provincial and local levels. The facts of this case arise from the activities of the Toronto branch of the UCC.

In October 1971, the Russian Premier Alexei Kosygin visited Toronto. In light of their position that their homeland was occupied by the Soviet regime, this was an event of great concern to Toronto's Ukrainian community. The UCC organized a demonstration to coincide with a dinner to be held for Mr. Kosygin at the Ontario Science Centre on October 25, 1971. During the demonstration, members of the Ukrainian community became involved in a vigorous confrontation with officers of the Metropolitan Toronto Police Force. This led to criminal charges being laid against some of those members.

At a meeting of the UCC held on October 28, 1971, while Maksymec was the president of the organization, it was determined that arrangements should be made to provide legal assistance and representation to those charged with criminal offences. As a result of this decision, the UCC retained the services of a prominent Toronto lawyer, Arthur Maloney, Q.C. At the same time, it set out to raise the necessary funds by seeking donations from members of the community. In this way, some \$21,000 was gathered for what became known as the "Kosygin Demonstration Fund".

Botiuk, who had been appointed as legal adviser to the UCC immediately following the demonstration, organized and coordinated the defence of the demonstrators. It was known to all that the money collected from members of the Ukrainian community was not intended to be used to pay any Ukrainian lawyer for services relating to the criminal proceedings.

At the October 28 meeting, the decision was also made to collect evidence as to what transpired at the demonstration and to use it to lobby the Ontario government to hold a public inquiry. The

collectivité ukrainienne. C'est une organisation-cadre qui répond aux besoins des Ukraino-Canadiens à l'échelle nationale, provinciale et locale. Les faits des présents pourvois découlent des activités de la section locale du CUC à Toronto.

En octobre 1971, le premier ministre de la Russie, Alexei Kosygin, a visité Toronto. La collectivité ukrainienne de Toronto était fort préoccupée par cette visite puisqu'elle était d'avis que le régime soviétique occupait leur patrie. Le CUC a organisé une manifestation devant coïncider avec un dîner organisé pour M. Kosygin au Centre des sciences de l'Ontario, le 25 octobre 1971. Au cours de la manifestation, des membres de la collectivité ukrainienne ont participé à une altercation vigoureuse avec des agents de police de la communauté urbaine de Toronto. Cela a donné lieu à des accusations criminelles contre certains de ces membres.

Le 28 octobre 1971, lors d'une réunion du CUC, alors sous la présidence de Maksymec, on a décidé que des dispositions devraient être prises pour fournir une aide juridique et une représentation par avocat aux personnes accusées d'infractions criminelles. À la suite de cette décision, le CUC a retenu les services d'un avocat bien connu de Toronto, Arthur Maloney, c.r. Il a, en même temps, entrepris de recueillir les fonds nécessaires en demandant des dons aux membres de la collectivité. On a ainsi recueilli la somme de 21 000 \$ pour constituer ce que l'on a appelé le «Fonds de manifestation anti-Kosygin».

Botiuk, qui avait été nommé conseiller juridique du CUC immédiatement après la manifestation, a organisé et coordonné la défense des manifestants. Tous savaient que l'argent recueilli auprès des membres de la collectivité ukrainienne ne devait pas servir à rémunérer des avocats ukrainiens pour des services relatifs aux poursuites criminelles.

À la réunion du 28 octobre, on a également décidé de recueillir des éléments de preuve sur ce qui s'était produit au cours de la manifestation et de s'en servir pour faire pression auprès du gouvernement de l'Ontario pour qu'il tienne une

6

7

8

9

province eventually agreed and appointed Judge Vannini to preside.

10 The UCC obtained standing as the representative of the Ukrainian community and retained Robert Carter, Q.C., as its counsel. There was some concern as to whether sufficient funds existed to cover the legal expenses which would be incurred and, as a result, it was decided that Carter would be assisted by a Ukrainian lawyer throughout the inquiry.

11 It was suggested that Botiuk might assume the full-time position as Carter's assistant. He declined because he was a sole practitioner who could not leave his practice unattended for the five weeks scheduled for the inquiry hearings. Instead, he agreed to try to recruit and coordinate various Ukrainian duty counsel who, it was understood, would provide their services at no charge to the UCC.

12 Botiuk had little success in recruiting other Ukrainian lawyers to assist Carter, save for two or three who contributed very limited time. Consequently, Botiuk performed much of the work himself, attending 23 of the 35 days of the inquiry hearing. As well, he did a great deal of night work interviewing and preparing witnesses for their attendance at the inquiry.

13 On June 5, 1972, Judge Vannini released his decision. He found that the police were responsible for the confrontation and in effect vindicated the Ukrainian community. Thereafter, it was announced that the costs of counsel representing the Metropolitan Toronto Police Force at the inquiry would be paid by Metropolitan Toronto. On behalf of the UCC, efforts were then made by the appellants Maksymec and Onyschuk and the respondent Botiuk to obtain funding for its representatives. The Ontario government eventually agreed to this request.

enquête publique. La province a finalement accepté et le juge Vannini a été désigné pour présider cette enquête.

Le CUC a obtenu qualité pour agir comme représentant de la collectivité ukrainienne et a retenu les services de l'avocat Robert Carter, c.r. On se demandait si l'on avait suffisamment de fonds pour assumer les frais de justice qui seraient engagés, et l'on a décidé qu'un avocat ukrainien assisterait Carter tout au long de l'enquête.

On a proposé que Botiuk assume le poste d'adjoint à plein temps de Carter. Il a refusé parce qu'il se voyait dans l'impossibilité, en tant que praticien autonome, de quitter son cabinet pendant les cinq semaines prévues pour les audiences de la commission d'enquête. Il a plutôt accepté de tenter de recruter divers avocats de garde ukrainiens et de coordonner leur travail; il était entendu que ces avocats fourniraient gratuitement leurs services au CUC.

Les démarches entreprises par Botiuk pour recruter d'autres avocats ukrainiens comme adjoints de Carter ont été peu fructueuses, et seulement deux ou trois avocats ont pu lui consacrer un temps très limité. C'est donc Botiuk qui a effectué la majeure partie du travail, assistant à 23 des 35 journées d'audience de la commission d'enquête. Il a également fait beaucoup de travail de nuit pour interroger et préparer des témoins en vue de leur participation à l'enquête.

Le 5 juin 1972, le juge Vannini a rendu sa décision. Il a conclu que la police était responsable de l'altercation et s'est en fait porté à la défense de la collectivité ukrainienne. Par la suite, on a annoncé que la Communauté urbaine de Toronto allait payer les frais de l'avocat qui avait représenté son service de police au cours de l'enquête. Les appellants Maksymec et Onyschuk et l'intimé Botiuk se sont alors efforcés, au nom du CUC, d'obtenir des fonds pour les avocats qui l'avaient représenté. Le gouvernement de l'Ontario a finalement accédé à leur demande.

The proposed reimbursement was looked upon as an opportunity to replenish the UCC treasury. To this end, it was thought by some that Botiuk would submit a single figure which would encompass the work done by all the lawyers who assisted at the inquiry and that this amount would be turned over to the UCC. However, as the trial judge found, whatever the understanding may have been in this regard, it became unworkable for a number of reasons. First, none of the lawyers concerned ever submitted any information regarding their fees or disbursements. Further, both the acting president of the UCC, Dr. Hlibowych, and counsel for Metro Toronto rejected the suggested approach and insisted that every lawyer prepare his own account for the UCC. These accounts would then be submitted for payment together with a declaration that the amounts were incurred by the UCC as a legal expense connected with the inquiry.

Botiuk submitted two accounts in this fashion, one in the amount of \$12,960 for the payment made to Carter, and the other in the amount of \$10,256.79 to compensate him for his disbursements and work. In accordance with the direction, acknowledgement and release executed on behalf of the UCC by Dr. Hlibowych, Metro Toronto forwarded a cheque to Botiuk for the total amount of both accounts. He in turn sent the UCC a cheque in the amount of \$12,960 to cover Carter's account. Botiuk had indicated at a meeting of the UCC executive that since he would have to pay taxes on the fees paid to him, he would retain them.

When it received the funds for the Carter account, the UCC appointed Maksymec, A. Bandera and Botiuk to a special financial commission to decide where and how to apply this money. Although the commission never held a formal meeting, it was decided not long after its inception that a special immigration fund should be created to assist Ukrainian immigrants to settle in Canada.

On September 7, 1974, the UCC published a communiqué in the Ukrainian community newspa-

14
On a considéré le remboursement proposé comme une occasion de regarnir les coffres du CUC. À cette fin, certains ont cru que Botiuk soumettrait un seul montant pour le travail effectué par l'ensemble des avocats qui avaient participé à l'enquête et que cette somme serait ensuite remise au CUC. Cependant, comme l'a conclu le juge de première instance, quel qu'ait pu être l'entente à cet égard, on n'a pu la mettre en œuvre pour un certain nombre de raisons. Premièrement, aucun des avocats concernés n'a jamais soumis des renseignements sur ses honoraires ou ses débours. De plus, le président intérimaire du CUC, M. Hlibowych, et l'avocat de la Communauté urbaine de Toronto ont rejeté la méthode proposée et ont insisté pour que chaque avocat dresse son propre état de compte pour le CUC. Ces états de compte seraient ensuite présentés pour paiement, accompagnés d'une déclaration que les dépenses avaient été engagées par le CUC à titre de frais de justice liés à l'enquête.

15
Botiuk a ainsi déposé deux états de compte, dont l'un s'élevait à 12 960 \$ pour le paiement effectué à Carter, et l'autre à 10 256,79 \$, pour le dédommager de ses débours et de son travail. Conformément aux directives, à l'accusé de réception et au reçu libératoire signés par M. Hlibowych pour le compte du CUC, la Communauté urbaine de Toronto a envoyé un chèque à Botiuk pour le total de ces deux comptes. Botiuk a ensuite envoyé au CUC un chèque de 12 960 \$ pour payer le compte de Carter. Lors d'une réunion de la direction du CUC, Botiuk avait indiqué que, puisqu'il devrait payer des impôts sur les honoraires qui lui avaient été versés, il les conserverait.

16
Lorsqu'il a reçu les fonds pour le compte de Carter, le CUC a nommé Maksymec, A. Bandera et Botiuk à une commission spéciale des finances qui déciderait où et comment seraient affectés ces fonds. Bien que cette commission n'ait jamais tenu une réunion officielle, elle a décidé peu de temps après sa création qu'il y avait lieu de constituer un fonds d'immigration spécial pour aider les immigrants ukrainiens à s'établir au Canada.

17
Le 7 septembre 1974, le CUC a publié un communiqué dans le journal *New Pathway* de la col-

per the *New Pathway*. Translated into English, it read as follows:

Thanks to the relentless efforts of the lawyer Y. R. Botiuk, with the assistance of Messrs. Frolick, Onyschuk and Kostuk and with support received from Alderman Bill Boychuk and Ed Negridge and Mr. Archer, and a few others, the Metropolitan Council approved the repayment of the costs in the amount of \$12,960.00, which our Committee had paid to the lawyer Carter, for his role in the public enquiry connected with the demonstration against Kosygin.

18 Subsequently, rumours concerning the Kosygin Demonstration Fund and the money paid by Metro Toronto began to circulate throughout the Ukrainian community. At a meeting of the UCC executive on March 2, 1977, the issue was raised. The record of that meeting indicates that the concerns pertaining to the funds were addressed by Botiuk and others to the complete satisfaction of those in attendance. In essence, it became clear to everyone at the meeting that a single account could not be submitted for all lawyers, and that it was open to each lawyer to submit his own account and receive payment from the City. It was emphasized, however, that nothing was paid by the UCC to any Ukrainian lawyer, including Botiuk. Botiuk was then congratulated by Dr. Hlibowych for his generosity and held up as an example for others to follow.

19 Nonetheless, an article appeared in the March 12, 1977, edition of the *Free Word*, a Ukrainian community newspaper, which raised anew the doubts concerning the financial aspects of the UCC's management of the criminal defence and inquiry proceedings. The article asked who had the money which had been remitted by Metro Toronto to the UCC to reimburse it for the payments made to non-Ukrainian lawyers out of the Kosygin Demonstration Fund.

20 In response, Dr. Sokolsky, then president of the UCC, sent a letter to the *Free Word*, dated March 15, 1977, in which he vigorously defended the integrity of the organization. He wrote:

lectivité ukrainienne. En voici une traduction en français:

[TRADUCTION] Grâce aux efforts soutenus de l'avocat Y. R. Botiuk, et à l'aide de MM. Frolick, Onyschuk et Kostuk et au soutien de l'échevin Bill Boychuk et de MM. Ed Negridge et Archer, et de quelques autres personnes, le Conseil métropolitain a approuvé le remboursement des coûts de 12 960 \$ que notre Comité avait payés à l'avocat Carter, pour sa participation à l'enquête publique sur la manifestation anti-Kosygin.

Par la suite, des rumeurs ont commencé à courir dans la collectivité ukrainienne relativement au Fonds de manifestation anti-Kosygin et aux sommes versées par la Communauté urbaine de Toronto. Au cours d'une réunion de la direction du CUC, le 2 mars 1977, on a soulevé cette question. Selon le procès-verbal de la réunion, Botiuk et d'autres ont répondu, à l'entière satisfaction des participants, aux questions relatives aux fonds. Essentiellement, les participants se sont rendu compte à la réunion qu'il n'était pas possible de soumettre un seul état de compte pour l'ensemble des avocats, et que chacun d'eux pourrait soumettre son propre état de compte et se faire payer par la ville. Cependant, on a souligné que le CUC n'avait rien versé à des avocats ukrainiens, dont Botiuk. Monsieur Hlibowych a ensuite félicité Botiuk pour sa générosité et l'a cité en exemple aux autres.

Néanmoins, un article, paru dans l'édition du 12 mars 1977 du journal *Free Word* de la collectivité ukrainienne, soulevait de nouveau des doutes sur la gestion financière du CUC relativement aux procédures de défense et d'enquête de nature criminelle. L'auteur de l'article se demandait qui était en possession des sommes que la Communauté urbaine de Toronto avait remises au CUC pour lui rembourser les sommes payées à des avocats non ukrainiens sur le Fonds de manifestation anti-Kosygin.

En réponse, M. Sokolsky, alors président du CUC, a envoyé une lettre au *Free Word*, en date du 15 mars 1977, dans laquelle il défendait vigoureusement l'intégrité de l'organisation:

Financial matters connected with the demonstration are no secret and our branch has . . . already . . . reported on them more than once. It seems odd to us that almost three years after this matter was concluded, those asking the questions remembered this (money). . . .

(A) *The "Maksymec Report"*

At the general meeting of the UCC held just over a year later on May 5, 1978, Maksymec sought to table a report entitled "Financial Accounting with Respect to the Demonstration Against Kosygin in Toronto". Initially, there was relatively forceful opposition to its presentation. However, Dr. Sokolsky introduced a motion which was seconded by Botiuk to include the Report as an item on the agenda. Before Maksymec spoke, those present expressed their gratitude for the efforts made by Botiuk on behalf of the community and emphasized it with "sincere applause".

In his Report, Maksymec put forward a number of allegations. First, that there was an agreement or understanding that the Ukrainian lawyers would not charge for the taking of affidavits in the aftermath of the demonstration. Second, that they would voluntarily assist Carter at the inquiry. Third, that Botiuk reneged on the promise he made to members of the UCC executive that he would deliver to the UCC the \$10,256.79 paid to him by Metro Toronto and instead declared that he would do with it as he saw fit. This document is the first of three which were found to have libelled Botiuk.

In the May 20, 1978 edition of the *Free Word*, an article appeared concerning the May 5 annual meeting of the UCC and the controversy surrounding the \$10,256.79 allegedly withheld by Botiuk. The article reproduced the contents of the Maksymec Report together with editorial comment which indicated that Botiuk's explanation that he was required to pay income tax on this amount was

[TRADUCTION] Les questions financières touchant la manifestation ne sont pas secrètes et notre section locale a [. . .] déjà [. . .] fourni des renseignements à ce sujet à plus d'une reprise. Il nous semble étrange que les personnes qui posaient ces questions se soient souvenu de (cet argent) presque trois ans après la conclusion de cette affaire. . .

(A) *Le «rapport Maksymec»*

À l'assemblée générale du CUC tenue un peu plus d'une année plus tard, le 5 mai 1978, Maksymec a cherché à déposer un rapport intitulé «Financial Accounting with Respect to the Demonstration Against Kosygin in Toronto». Au départ, on s'est opposé assez vigoureusement à ce dépôt. Cependant, M. Sokolsky a présenté une motion, appuyée par Botiuk, visant à inscrire le rapport comme point à l'ordre du jour. Avant que Maksymec prenne la parole, les personnes présentes ont exprimé leur gratitude pour les efforts que Botiuk avait déployés pour le compte de la collectivité et l'ont [TRADUCTION] «chaleureusement applaudi».

Dans son rapport, Maksymec a fait un certain nombre d'allégations. Premièrement, il a allégué qu'il existait une entente selon laquelle les avocats ukrainiens n'exigeraient pas d'honoraires pour les affidavits recueillis après la manifestation. Deuxièmement, il a allégué que ces avocats devaient assister bénévolement Carter à l'enquête. Troisièmement, il a soutenu que Botiuk avait manqué à la promesse qu'il avait faite aux membres de la direction du CUC, de remettre au CUC la somme de 10 256,79 \$ que lui avait versée la Communauté urbaine de Toronto, indiquant plutôt qu'il ferait ce qu'il voulait avec l'argent. Ce document est le premier de trois documents jugés diffamatoires envers Botiuk.

Dans le numéro du 20 mai 1978 du *Free Word*, un article était consacré à l'assemblée annuelle du CUC, tenue le 5 mai, et à la controverse entourant la somme de 10 256,79 \$ que Botiuk aurait retenue. L'article reprenait le contenu du rapport Maksymec, accompagné d'un éditorial dans lequel on indiquait que l'explication de Botiuk selon laquelle il devait payer de l'impôt sur ce montant

21

22

23

not convincing since he could have immediately transferred the amount from the client's account to the account of the UCC branch. It called for an impartial investigation into the matter.

(B) *The "Sokolsky-Muz Declaration"*

24 On June 16, 1978, there was a meeting of the executive of the UCC during which a declaration was drafted in response to the charges levelled by Maksymec in his Report. Since Dr. Sokolsky and Dr. Muz were then the President and Secretary of the organization, it has been called the "Sokolsky-Muz Declaration".

25 The Declaration in its final form, dated July 1, 1978, was published in the *New Pathway*. It stated that the charges levelled by Maksymec were "groundless and untrue". It asserted that the UCC never had any claim to the money which was paid by Metro Toronto to Botiuk in connection with the inquiry. This was money, it stated, which Botiuk had earned and to which he was legally entitled. The Declaration again expressed the gratitude and appreciation of the UCC for the great sacrifices Botiuk had made on behalf of the Ukrainian community. It further affirmed that there were no agreements among the Ukrainian lawyers, including Botiuk, that no one would be remunerated for work done in relation to the inquiry. Finally, the Declaration asserted that the statement by Maksymec and the subsequent article in the *Free Word* were "harmful to the community and do an injustice to Mr. Botiuk".

(C) *The "Lawyers' Declaration"*

26 According to his evidence, Maksymec regarded the Sokolsky-Muz Declaration as a "massive, massive attack upon his honesty and integrity". In response, he prepared a declaration, dated July 7, 1978. It was signed by the eight lawyers who (along with Botiuk and another) had allegedly participated in the inquiry proceedings. This is the second document upon which this libel action was based. The relevant portions follow:

n'était pas convaincante puisqu'il aurait pu transférer immédiatement le montant en question du compte du client au compte de la section locale du CUC. L'auteur demandait la tenue d'une enquête impartiale sur la question.

(B) *La «déclaration Sokolsky-Muz»*

Le 16 juin 1978, il y a eu une réunion de la direction du CUC au cours de laquelle on a rédigé une déclaration en réponse aux accusations lancées par Maksymec dans son rapport. Vu que MM. Sokolsky et Muz étaient respectivement président et secrétaire de l'organisation, on l'a appelée la «déclaration Sokolsky-Muz».

La version finale de cette déclaration, en date du 1^{er} juillet 1978, a été publiée dans le *New Pathway*. On y précisait que les accusations lancées par Maksymec étaient [TRADUCTION] «sans fondement et fausses», et que le CUC n'avait jamais eu de droit sur les sommes que la Communauté urbaine de Toronto avait versées à Botiuk relativement à l'enquête. Ces sommes, disait-on, étaient des sommes que Botiuk avait gagnées et auxquelles il avait légalement droit. La déclaration exprimait également la gratitude et l'appréciation du CUC pour les grands sacrifices que Botiuk avait faits pour la collectivité ukrainienne. On y mentionnait également que les avocats ukrainiens, dont Botiuk, n'avaient jamais convenu de ne pas être rémunérés pour le travail effectué relativement à l'enquête. Enfin, on affirmait que les propos de Maksymec et l'article subséquent paru dans le *Free Word* étaient [TRADUCTION] «préjudiciables à la collectivité et injustes pour M. Botiuk».

(C) *La «déclaration des avocats»*

Dans son témoignage, Maksymec a qualifié la déclaration Sokolsky-Muz [TRADUCTION] «d'attaque massive contre son honnêteté et son intégrité». En réponse, il a rédigé une déclaration en date du 7 juillet 1978. Elle était signée par les huit avocats qui (à l'instar de Botiuk et d'une autre personne) auraient participé aux procédures d'enquête. C'est là le deuxième document sur lequel est fondée l'action pour libelle. En voici les passages pertinents:

DECLARATION

We, the Ukrainian lawyers of Toronto who assisted in the proceedings connected with the demonstration against Kosygin, having familiarized ourselves with the report of the former President of the UCC Toronto Branch on the 5th day of May of this year, do affirm, that,

...

We hereby confirm the report of Engineer B. Maksymec about the fact that all of our efforts and endeavours connected with the court proceedings and the Vannini Royal Commission were on a voluntary and gratis basis, in accordance with our (including Mr. Botiuk) agreement with the then President of the UCC Toronto Branch, Engineer B. Maksymec, and that we never demanded payment for the services which we, to the extent we were able, contributed to those proceedings. Our work we dedicated to the Ukrainian Community through the Toronto Branch of the UCC.

Of the original eight lawyers who signed this document, four remain as appellants in this Court. Two of the lawyers, M. Romanick and S. Frolick, had died by the time of trial thus escaping liability pursuant to the provisions of s. 38 of the *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23. Another lawyer, R. Kostuk, had withdrawn his support for the Declaration soon after signing it. R. Maksymiw, together with the late M. Romanick, did not sign the Declaration itself, but only a qualification at the end of the document which stated that in their understanding there was an agreement at the time of the Vannini inquiry to volunteer services. The Court of Appeal ruled that Maksymiw had sufficiently qualified his statement to escape liability and this finding was not challenged.

The Declaration was reproduced with some modifications in the July 22, 1978, edition of the Ukrainian community newspaper *Our Aim*. After the names of the lawyers, Maksymec gratuitously added descriptions of the positions they held in community organizations. This was obviously

[TRADUCTION] DÉCLARATION

Nous, les avocats ukrainiens de Toronto qui ont participé aux procédures concernant la manifestation anti-Kosygin et qui ont pris connaissance du rapport de l'ancien président de la section locale du CUC à Toronto, en date du 5 mai de la présente année, faisons la déclaration suivante:

...

Nous confirmons, par la présente, le rapport de l'ingénieur B. Maksymec à ce sujet: que tous nos efforts liés aux procédures judiciaires et à la commission royale d'enquête Vannini ont été déployés bénévolement et gratuitement, conformément à l'entente intervenue entre nous (y compris M. Botiuk) et le président de l'époque de la section locale du CUC à Toronto, l'ingénieur B. Maksymec, et que nous n'avons jamais demandé de rémunération pour les services que nous avons fournis, dans la mesure de nos capacités, dans le cadre de ces procédures. Notre travail, nous l'avons consacré à la collectivité ukrainienne par l'entremise de la section locale du CUC à Toronto.

Il reste, comme appelants devant notre Cour, quatre des huit avocats qui avaient initialement signé ce document. Deux des avocats, M. Romanick et S. Frolick, sont décédés avant le procès, échappant de ce fait à toute responsabilité conformément à l'art. 38 de la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23. Un autre avocat, R. Kostuk, avait retiré son appui en faveur de la déclaration, peu après l'avoir signée. R. Maksymiw et feu M. Romanick avaient signé non pas la déclaration en question, mais seulement une réserve à la fin du document, indiquant qu'ils croyaient qu'à l'époque de l'enquête Vannini il existait une entente de prestation bénévole de services. La Cour d'appel a statué que Maksymiw avait suffisamment nuancé sa déclaration pour se dégager de toute responsabilité, et cette conclusion n'a pas été contestée.

27

La déclaration a été reproduite avec certaines modifications dans le numéro du 22 juillet 1978 du journal *Our Aim* de la collectivité ukrainienne. Après le nom des avocats, Maksymec avait, sans raison, ajouté une description des postes qu'ils occupaient dans les organisations de la collectivité.

28

done to add weight to the document in the eyes of those who would read it.

29 On July 27, 1978, Maksymec mailed copies of the Lawyers' Declaration, the Sokolsky-Muz Declaration and the Maksymec Reply to those members of the Ukrainian community who had donated \$100 or more to the Kosygin Demonstration Fund.

30 The trial judge found that the Lawyers' Declaration was published at the request of and upon payment by Maksymec. The newspaper subsequently published an article on September 30, 1978 in which it acknowledged this fact and apologized to Dr. Sokolsky, Dr. Muz and Botiuk for "any unpleasantness and damages that publishing the referred to 'declaration' may have caused them".

31 The modified version of the Lawyers' Declaration together with the Sokolsky-Muz Declaration and the Maksymec Report was also reproduced in the August 19-26, 1978, edition of the *Free Word*. The trial judge held, and there was ample evidence to support his conclusion, that Maksymec also provided this newspaper with the material upon which the article was based.

(D) *The "Maksymec Reply"*

32 Maksymec also prepared a separate reply to the Sokolsky-Muz Declaration which he presented to the Ontario Council of the UCC on July 27, 1978. This is the third and final document which led to the respondent's libel suit. In it, Maksymec alleged that the authors of the Sokolsky-Muz Declaration were "ill-informed" about matters related to the Vannini inquiry since they did not participate in the events connected with it.

33 The Maksymec Reply incorporated the Lawyers' Declaration and set out a promise alleged to have been made by Botiuk during a meeting of the

Ces mentions visaient de toute évidence à faire en sorte que le document ait plus de poids aux yeux des personnes qui le liraient.

Le 27 juillet 1978, Maksymec a envoyé par la poste des copies de la déclaration des avocats, de la déclaration Sokolsky-Muz et de sa propre réponse aux membres de la collectivité ukrainienne qui avaient versé au moins 100 \$ au Fonds de manifestation anti-Kosygin.

Le juge de première instance a conclu que la déclaration des avocats avait été publiée à la demande de Maksymec et contre paiement effectué par ce dernier. Le journal a, par la suite, le 30 septembre 1978, publié un article dans lequel il reconnaissait ce fait et s'excusait auprès de MM. Sokolsky, Muz et Botiuk relativement à [TRADUCTION] «tout désagrément et tout préjudice que la publication de la «déclaration» mentionnée a pu leur causer».

La version modifiée de la déclaration des avocats ainsi que la déclaration Sokolsky-Muz et le rapport Maksymec ont été reproduits dans le numéro du 19 au 26 août 1978 du *Free Word*. Le juge de première instance a conclu, et il existait suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de sa conclusion, que Maksymec avait aussi fourni à ce journal les documents sur lesquels était fondé l'article.

(D) *La «réponse de Maksymec»*

Maksymec a aussi rédigé une réponse distincte à la déclaration Sokolsky-Muz, qu'il a présentée au conseil ontarien du CUC, le 27 juillet 1978. C'est le troisième et dernier document sur lequel se fonde l'action pour libelle intentée par l'intimé. Dans ce document, Maksymec soutenait que les auteurs de la déclaration Sokolsky-Muz avaient été [TRADUCTION] «mal renseignés» sur les questions relatives à l'enquête Vannini puisqu'ils n'avaient pas participé aux événements qui y étaient reliés.

La réponse de Maksymec comportait la déclaration des avocats et parlait d'une promesse que Botiuk aurait faite au cours d'une réunion de la

executive of the UCC. It was presented in these words:

... [Mr. Botiuk] switched off the microphone and assured all those present that they had no reason to worry about his previous statement [that he would do whatever he wanted with the money] to the switched on microphone because he had to say this formally, in order to justify his account in the amount of \$10,256.79. However, he assured all those present that he considered this money to be public money and that he would hand it over to the UCC Toronto Branch. Mr. Botiuk requested that his last statement should not appear in the minutes so that it would not fall into undesirable hands. [Emphasis added.]

Maksymec further alleged that the sum which was earmarked by the special financial commission for a special immigration fund included the \$10,256.79 paid to Botiuk. He demanded that it be transferred to the UCC.

The Ontario branch of the UCC refused to deal with Maksymec's complaint, which it considered to be nothing more than a personal dispute.

II. Judgments Below

(A) *Ontario Court, General Division*, [1991] O.J. No. 925 (QL)

Carruthers J. stated that the controversy between the parties "stems solely from the fact that the [respondent] kept the sum of \$10,256.79 and Maksymec has objected to his having done so because he has thought that the plaintiff should have handed that amount over to UCC".

It was the opinion of the trial judge that the defamatory sense of the publications was clear. Namely, that Botiuk did not live up to an agreement to volunteer his services and did not fulfil his assurances to return to the UCC the money which he received from Metro Toronto.

The trial judge observed that counsel for all parties proceeded on the basis that although the con-

direction du CUC. Voici comment cette promesse a été présentée:

[TRADUCTION] ... [M. Botiuk] a éteint le microphone et a assuré toutes les personnes présentes qu'elles n'avaient aucun motif de s'inquiéter de sa déclaration antérieure [qu'il ferait ce qu'il voudrait avec l'argent] devant le microphone ouvert parce qu'il devait le dire formellement, pour justifier son compte de 10 256,79 \$. Cependant, il a assuré toutes les personnes présentes qu'il considérait cette somme comme des deniers publics et qu'il la remettrait à la section locale du CUC à Toronto. Monsieur Botiuk a demandé que sa dernière déclaration ne figure pas au procès-verbal afin d'éviter qu'elle ne tombe entre de mauvaises mains. [Je souligne.]

Maksymec a aussi soutenu que la somme affectée par la commission spéciale des finances à un fonds spécial d'immigration incluait la somme de 10 256,79 \$ versée à Botiuk. Il a demandé que cette somme soit transférée au CUC.

La section ontarienne du CUC a refusé d'examiner la plainte de Maksymec, qu'elle considérait comme n'étant rien de plus qu'un conflit personnel.

II. Les juridictions inférieures

(A) *La Cour de l'Ontario, Division générale*, [1991] O.J. No. 925 (QL)

Le juge Carruthers a affirmé que la controverse entre les parties [TRADUCTION] «découle seulement du fait que [l'intimé] a conservé la somme de 10 256,79 \$ et que Maksymec s'y est opposé parce qu'il croyait que le demandeur aurait dû la remettre au CUC».

De l'avis du juge de première instance, les publications étaient clairement diffamatoires. Elles mentionnaient notamment que Botiuk n'avait pas respecté l'engagement qu'il avait pris d'offrir bénévolement ses services et qu'il avait manqué à sa promesse formelle de remettre au CUC l'argent qu'il avait reçu de la Communauté urbaine de Toronto.

Le juge de première instance a fait remarquer que les avocats de toutes les parties ont tenu pour

34

35

36

37

38

tents of each document could be taken individually as to its defamatory nature, all three were to be considered together as creating a single act of libel. He proceeded on this basis.

39 The trial judge then turned to the three grounds of defence which were advanced by the appellants: justification, fair comment and qualified privilege. With respect to justification, he emphatically rejected the argument that there was some kind of agreement between the lawyers that they would volunteer their services. He set out his conclusions on this issue in these words:

At the highest, all that can be said is that each of them, including the [respondent], understood that was to be the case for the very simple reason that no one [i.e. the UCC] was available, prepared or able to pay them. And the [respondent] has never suggested that the situation was otherwise until the prospect of payment by Metro arose.

40 He stressed that all the lawyers were well aware that they could submit an account for their work and receive payment from Metro Toronto. It was his opinion that they did not do so, not because of any agreement, but because they did not wish to make the community aware of how very little work they had done at the Vannini inquiry. Their minimal efforts would suffer by comparison with the very significant contribution to the work of that inquiry made by Botiuk.

41 The trial judge rejected the appellants' allegation that during a meeting of the UCC executive in 1974, Botiuk had switched off the microphone and undertaken to turn over to the UCC the funds that Metro Toronto had paid to him. Rather, he accepted Botiuk's testimony that it was always understood that he would keep those funds for himself.

42 The trial judge recognized that it was open to the appellants to have made a fair comment with regard to any concern they had about the funds which Botiuk received for his participation in the

acquis que les trois documents devaient être considérés comme un seul acte diffamatoire, même si le contenu de chacun d'eux pouvait être considéré individuellement quant à son caractère diffamatoire. Il a fait de même.

Le juge de première instance a ensuite examiné les trois moyens de défense présentés par les appelants: la justification, le commentaire loyal et l'immunité relative. En ce qui concerne la justification, il a catégoriquement rejeté l'argument selon lequel les avocats s'étaient en quelque sorte entendus pour offrir bénévolement leurs services. Voici comment il formule ses conclusions sur cette question:

[TRADUCTION] Le mieux que l'on puisse dire, c'est que chacun des avocats, dont [l'intimé], croyait qu'il devait en être ainsi pour le simple motif qu'il n'existait pas de bailleur de fonds, que personne [c.-à-d. le CUC] n'était disposé à les payer ou n'était en mesure de le faire. [L'intimé] n'a jamais laissé entendre le contraire jusqu'au jour où s'est présentée une possibilité d'être rémunéré par la Communauté urbaine.

Il a fait ressortir que tous les avocats savaient bien qu'ils pourraient présenter un état de compte pour leur travail et être payés par la Communauté urbaine de Toronto. À son avis, s'ils ne l'ont pas fait, ce n'est pas à cause d'une entente, mais parce qu'ils ne voulaient pas que la collectivité soit mise au courant du peu de travail qu'ils avaient accompli à l'enquête Vannini. Les efforts minimes qu'ils ont déployés à cette enquête perdraient toute importance comparés au travail considérable que Botiuk y a accompli.

Le juge de première instance a rejeté l'argument des appelants selon lequel Botiuk avait éteint le microphone pendant une réunion de la direction du CUC tenue en 1974, et s'était engagé à remettre au CUC les fonds que la Communauté urbaine de Toronto lui avait versés. Il a plutôt accepté le témoignage de Botiuk voulant qu'il ait toujours été entendu qu'il garderait ces fonds.

Le juge de première instance a reconnu que les appelants avaient pu formuler un commentaire loyal quant à leurs préoccupations relativement aux fonds que Botiuk avait reçus pour sa participa-

inquiry. However, he found that this defence was lost to them because “the whole story was not told and as a result misstatements of fact about the [respondent] were published”.

Finally, with regard to qualified privilege, the trial judge rejected the submission that Maksymec had a duty to prepare and publish the Report as a member of the special financial commission and as past president of the UCC during the relevant times. The mandate of the commission, according to the trial judge, was not to recover money from Botiuk but merely to set out the expenses incurred and to suggest a program for using both the money collected from donations as well as that received from Metro Toronto for the account of Carter. Finally, the trial judge rejected as unreasonable the explanation provided by Maksymec that he had delayed his report for four years because he was waiting for Botiuk to change his mind and hand over the money. The trial judge noted that by 1978, those present at the general meeting neither expected the Report nor wanted it.

The trial judge then turned to the appellants' argument that the Lawyers' Declaration and the Maksymec Reply were validly made in response to the Sokolsky-Muz Declaration. He concluded that the defamatory references to Botiuk were not necessary to offset what the appellants considered to be an attack upon their integrity. Although Maksymec's involvement in these publications was not in doubt, there was some dispute as to whether all of the appellant lawyers would be held responsible for the wording of the Lawyers' Declaration or the extent of its publication. The trial judge concluded that they were liable since none of them placed any qualifications or restrictions upon the use Maksymec could make of the Lawyers' Declaration.

The trial judge concluded that the Lawyers' Declaration extended and augmented the damaging effect of the Maksymec Report on Botiuk's reputa-

tion à l'enquête. Cependant, il a conclu qu'ils ne pouvaient faire valoir ce moyen de défense parce que [TRADUCTION] «l'histoire n'a pas été racontée au complet et des renseignements factuels inexacts ont donc été publiés au sujet de [l'intimé]».

Enfin, en ce qui concerne l'immunité relative, le juge de première instance a rejeté l'argument selon lequel Maksymec avait le devoir de rédiger et de publier le rapport en sa qualité de membre de la commission spéciale des finances et d'ancien président du CUC aux époques pertinentes. Selon le juge de première instance, la commission avait le mandat non pas de recouvrer des sommes auprès de Botiuk, mais simplement de dresser un état des dépenses engagées et de proposer un programme pour l'utilisation des dons recueillis et des sommes reçues de la Communauté urbaine de Toronto au titre du compte de Carter. Enfin, le juge de première instance a rejeté comme déraisonnable l'explication de Maksymec voulant qu'il ait retardé pendant quatre ans le dépôt de son rapport parce qu'il attendait que Botiuk change d'idée et remette l'argent. Le juge a précisé que les personnes présentes à l'assemblée générale de 1978 n'escomptaient pas et ne désiraient pas le dépôt de ce rapport.

Le juge de première instance a ensuite examiné l'argument des appelants voulant que la déclaration des avocats et la réponse de Maksymec aient été valablement formulées en réponse à la déclaration Sokolsky-Muz. Il a conclu que les propos diffamatoires tenus à l'égard de Botiuk n'étaient pas nécessaires pour contrer ce que les appelants considéraient comme une attaque contre leur intégrité. Bien que la participation de Maksymec à ces publications n'ait pas été mise en doute, on ne s'accordait pas sur la question de savoir si tous les avocats appelants seraient tenus responsables du libellé de la déclaration ou de l'étendue de sa publication. Le juge de première instance a conclu que tous étaient responsables puisqu'aucun d'eux n'avait formulé des réserves ou des restrictions quant à l'utilisation que Maksymec pourrait faire de leur déclaration.

Le juge de première instance a conclu que la déclaration des avocats élargissait et accroissait l'effet préjudiciable du rapport Maksymec sur la

43

44

45

tion. He added, as well, that the Maksymec Reply significantly increased the sting of the libel by its incorporation of the words "public money".

46 Once he had found that the privileged occasion had been exceeded by all of the appellants and therefore that the defence was not available to them, the trial judge determined that it was unnecessary to deal with the question of express malice except in relation to its effect on the assessment of damages.

47 In his consideration of the damages that should be awarded, the trial judge observed that the appellant lawyers failed to make any independent inquiry as to the truth of the allegations contained in the Lawyers' Declaration. He noted that none of the appellant lawyers had apologized to Botiuk, that some had demonstrated hostility towards him in their testimony and that, contrary to their assertions, the respondent had actually done the lion's share of the work at the inquiry. I would have thought that these findings would have established express malice in fact and in law. However, the trial judge concluded that, while the lawyers were "careless, impulsive or irrational", they had not exhibited the indifference or recklessness to the truth necessary for a finding of express malice.

48 With regard to Maksymec, the trial judge found that express malice was established on the grounds that, first, he was indifferent to the truth, and second, that he was actuated by an intention to injure Botiuk. The trial judge acknowledged that it may have been necessary for Maksymec to prepare a report to distance himself from the gossip and rumours which had been circulating. This he could have done without defaming Botiuk. However, he found that Maksymec had threatened Botiuk when he told him "[i]f you don't turn over the funds I will create a scandal and ruin you". The trial judge concluded that this statement alone provided a sufficient basis for a finding of malice. It would also

réputation de Botiuk. Il a également ajouté que la réponse de Maksymec augmentait sensiblement la causticité de la diffamation en raison de l'expression [TRADUCTION] «deniers publics» qui y était utilisée.

Après avoir conclu que tous les appelants avaient outrepassé l'immunité et qu'ils ne pouvaient donc pas invoquer ce moyen de défense, le juge de première instance a décidé qu'il n'avait pas à examiner la question de la malveillance expresse si ce n'est relativement à son incidence sur l'évaluation des dommages-intérêts.

Dans son examen des dommages-intérêts à accorder, le juge de première instance a fait remarquer que les avocats appelants n'avaient effectué aucune enquête indépendante sur la véracité des allégations contenues dans la déclaration des avocats. Le juge a précisé qu'aucun des avocats appelants ne s'était excusé auprès de Botiuk, que certains d'entre eux avaient manifesté de l'hostilité à son égard en témoignant, et que, contrairement à leurs prétentions, c'était l'intimé qui avait effectué la majeure partie du travail à l'enquête. J'aurais cru que ces conclusions auraient établi l'existence d'une malveillance expresse en fait et en droit. Cependant, le juge de première instance a conclu que, même si les avocats avaient été [TRADUCTION] «imprudents, impulsifs ou irrationnels», ils n'avaient pas fait preuve de l'indifférence ou de l'insouciance pour la vérité qui est requise pour pouvoir conclure à l'existence d'une malveillance expresse.

En ce qui concerne Maksymec, le juge de première instance a conclu que la malveillance expresse avait été établie du fait, d'une part, qu'il ne se souciait pas de connaître la vérité et, d'autre part, qu'il était animé de l'intention de nuire à Botiuk. Le juge de première instance a reconnu que Maksymec a peut-être dû préparer un rapport pour se dissocier des racontars et des rumeurs qui couraient. Il aurait pu le faire sans diffamer Botiuk. Toutefois, il a conclu que Maksymec avait menacé Botiuk lorsqu'il lui avait dit: [TRADUCTION] «[s]i vous ne remettez pas les fonds, je vais faire un scandale et vous ruiner». Le juge de première instance a conclu que cette déclaration était à elle

explain why in the course of distancing himself from the rumours Maksymec defamed Botiuk. This he did in order to carry out his threat.

Turning to the question of damages, the trial judge ruled that:

... a lawyer whose practice is primarily concerned with a large, long standing, well established ethnic community, cannot suffer a more significant blow than to have his reputation for honesty, integrity and reliability publicly attacked on the basis that he wrongfully kept money which belonged to the members of that community by prominent lawyers and businessmen from that community.

He concluded that Botiuk had reached a "high pinnacle of success" and that the attack upon his reputation had severely damaged his health, family relations, practice, professional and business connections and social life. The trial judge found that for many years, Botiuk would be known as "the lawyer who took or kept \$10,000.00 from that community".

The trial judge reviewed the principles governing the assessment of damages and considered the awards made in earlier libel cases. He concluded that an appropriate sum for compensatory damages, which included general damages, aggravated damages and the present value of future pecuniary loss, was \$140,000. In his view, this was not a case for punitive damages.

The trial judge also awarded special damages for the loss of income incurred by Botiuk as a result of the libel. He considered the evidentiary difficulties that are always present in proving actual loss and assessed the special damages at \$325,000. This sum represented a loss of approximately 10 percent per year of Botiuk's income or

seule un motif suffisant pour conclure à la malveillance. Cela expliquerait également pourquoi Maksymec a diffamé Botiuk en se dissociant des rumeurs qui couraient. C'est ce qu'il a fait pour mettre sa menace à exécution.

Quant à la question des dommages-intérêts, le juge de première instance a conclu:

[TRADUCTION] . . . un avocat dont la pratique est avant tout consacrée à une collectivité ethnique importante et bien établie ne peut subir un plus dur coup que de voir sa réputation d'honnêteté, d'intégrité et de fiabilité attaquée publiquement par des avocats et des hommes d'affaires bien connus dans cette collectivité, sous prétexte qu'il a illégalement conservé des sommes appartenant aux membres de cette collectivité.

Il a décidé que Botiuk avait atteint [TRADUCTION] «l'apogée du succès» et que cette attaque contre sa réputation avait gravement nuit à sa santé, à ses relations familiales, à sa pratique, à ses relations professionnelles et d'affaires de même qu'à sa vie sociale. Le juge de première instance a conclu que, pendant des années, Botiuk serait connu comme étant [TRADUCTION] «l'avocat qui s'est approprié ou a conservé une somme de 10 000 \$ appartenant à cette collectivité».

Le juge de première instance a passé en revue les principes applicables à l'évaluation des dommages-intérêts et examiné les montants accordés dans d'autres actions pour libelle. Il a conclu que la somme de 140 000 \$ constituait un montant approprié de dommages-intérêts compensatoires, comprenant des dommages-intérêts généraux, des dommages-intérêts majorés et la valeur actualisée de toute perte pécuniaire future. À son avis, il ne s'agissait pas d'un cas où il y avait lieu d'accorder des dommages-intérêts punitifs.

Le juge de première instance a également accordé des dommages-intérêts spéciaux pour la perte de revenu subie par Botiuk à cause du libelle. Il a examiné la difficulté toujours présente de prouver le montant de la perte réelle, et il a fixé à 325 000 \$ le montant des dommages-intérêts spéciaux. Cette somme représente pour Botiuk une

49

50

51

52

one-half of the lower estimate of damages provided by Botiuk's expert.

53 The trial judge rejected the argument of the appellant lawyers that since they were only involved with the Lawyers' Declaration, the damages assessed against them should be reduced accordingly. Rather, he found that all the appellants were joint tortfeasors with respect to all three documents and that they were jointly and severally liable to the respondent for all damages. I agree with this finding. In my view, there was a sound evidentiary and legal basis for the trial judge to reach this conclusion.

54 On the issue of costs, the trial judge considered that the respondent had offered to settle in the amount of \$400,000, an apology and costs. However, as this offer was lower than the \$465,000 that Botiuk was awarded at trial, pursuant to Rule 49.10 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, Botiuk was entitled to costs assessed on a solicitor-client basis. Prejudgment interest was awarded for a period of 12½ years at a rate of 13 percent per annum on \$120,000 of the \$140,000 compensatory damage award and on the entire \$325,000 special damage award.

(B) *Court of Appeal*, [1993] O.J. No. 239 (QL)

55 On the question of malice, the court agreed that there was evidence which supported the trial judge's finding that Maksymec was motivated by spite and acted with an intention to injure Botiuk.

56 On the issue of qualified privilege, it determined that Maksymec had no duty to present the Report. First, the special financial commission, on whose behalf he professed to be reporting, had made its recommendation to the UCC executive and had ceased to exist years before May 1978. Second, the general meeting of the UCC had no corresponding

perte annuelle d'environ 10 pour 100 de son revenu ou la moitié de la plus basse évaluation des dommages-intérêts fournie par l'expert de Botiuk.

Le juge de première instance a rejeté l'argument des avocats appelants voulant que, puisqu'ils n'avaient participé qu'à la déclaration des avocats, le montant de dommages-intérêts qui leur était réclamé soit réduit en conséquence. Il a plutôt conclu que tous les appelants étaient coauteurs du délit relativement aux trois documents et qu'ils étaient solidairement responsables de tous les dommages subis par l'intimé. Je suis d'accord avec cette conclusion. À mon avis, des éléments de preuve et des motifs juridiques solides justifiaient cette conclusion du juge de première instance.

Quant aux dépens, le juge de première instance a considéré que l'intimé avait offert, pour régler le litige, de verser une somme de 400 000 \$, de faire des excuses et de payer les dépens. Cependant, puisque cette offre était inférieure à la somme de 465 000 \$ accordée à Botiuk en première instance, Botiuk avait droit, conformément à l'art. 49.10 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, règl. 194, aux dépens calculés sur la base procureur-client. Des intérêts avant jugement ont été consentis pour une période de 12 ans et demi, au taux de 13 pour 100 par année, sur 120 000 \$ des 140 000 \$ accordés à titre de dommages-intérêts compensatoires, et sur la totalité des 325 000 \$ accordés à titre de dommages-intérêts spéciaux.

(B) *La Cour d'appel*, [1993] O.J. No. 239 (QL)

Relativement à la question de la malveillance, la cour a reconnu qu'il y avait des éléments de preuve qui permettaient au juge de première instance de conclure que Maksymec était animé par la rancune et avait agi dans l'intention de nuire à Botiuk.

En ce qui concerne l'immunité relative, elle a statué que Maksymec n'était pas obligé de présenter le rapport. Premièrement, la commission spéciale des finances, au nom de laquelle il disait présenter ce rapport, avait fait sa recommandation à la direction du CUC et avait cessé d'exister des années avant le mois de mai 1978. Deuxièmement,

interest in receiving the Report. As for the Lawyers' Declaration and the Maksymec Reply, the Court of Appeal agreed with the trial judge that these documents went far beyond what was necessary in order to respond to the Sokolsky-Muz Declaration and therefore exceeded any qualified privilege that might have existed.

On the question of joint liability, the court again agreed that the trial judge was correct in holding that the three documents should be treated as one act of libel and in awarding a single set of damages in respect of them against all the appellants jointly and severally.

The liability of Maksymec & Associates Ltd., as found by the trial judge, was affirmed. It was from this company's premises that Maksymec had mailed the Maksymec Report, Lawyers' Declaration and Maksymec Reply in an envelope bearing the company's name and return address. The court agreed that since Maksymec was the company's principal shareholder and officer and its directing mind, it became associated with his libellous publications.

Finally, with respect to the quantum of damages, the court agreed that there was evidence that the libel had adversely affected Botiuk's professional practice. However, it held that since special damages were not specifically pleaded, they could only form a part of the general damage award. In the court's view, a fair sum for compensatory damages was \$200,000.

The court ruled that there should be some reduction in the term of prejudgment interest as a result of the delay occasioned by Botiuk in proceeding to trial. It reduced it to a period of 10 years. As for costs, the court agreed that since Botiuk discharged the burden of establishing that the judgment obtained by him was more favourable than the

l'assemblée générale du CUC n'avait aucun intérêt équivalent dans le dépôt du rapport. Pour ce qui est de la déclaration des avocats et de la réponse de Maksymec, la Cour d'appel était d'accord avec le juge de première instance pour dire que ces documents allaient bien au-delà de ce qui était nécessaire pour répondre à la déclaration Sokolsky-Muz, et qu'ils outrepassaient donc toute immunité relative qui aurait pu exister.

En ce qui concerne la question de la responsabilité conjointe, la cour a également convenu que le juge de première instance avait eu raison de conclure que les trois documents devraient être considérés comme un seul acte diffamatoire et de condamner solidairement l'ensemble des appelants à payer un seul montant de dommages-intérêts.

La Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge de première instance à la responsabilité de Maksymec & Associates Ltd. C'est dans les locaux de cette société que Maksymec avait posté le rapport Maksymec, la déclaration des avocats et sa réponse dans une enveloppe portant le nom et l'adresse de retour de la société. La cour a convenu que, puisque Maksymec était cadre et actionnaire principal de la société, ainsi que son âme dirigeante, la société était devenue associée aux publications diffamatoires de Maksymec.

Enfin, en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts, la cour était d'accord pour dire qu'il existait des éléments de preuve que le libelle avait nuit à la pratique professionnelle de Botiuk. Cependant, elle a conclu que des dommages-intérêts spéciaux ne pouvaient pas faire partie du montant des dommages-intérêts généraux accordés puisqu'ils n'avaient pas été demandés expressément. De l'avis de la cour, la somme de 200 000 \$ représentait des dommages-intérêts compensatoires équitables.

La cour a décidé que le montant des intérêts avant jugement devrait être réduit à cause du retard que Botiuk avait mis à intenter un procès. Elle les a ramenés à une période de 10 ans. Quant aux dépens, la cour a convenu qu'il n'y avait aucune raison de modifier le montant des dépens que le juge de première instance avait accordés sur la

57

58

59

60

terms of his offer to settle, there was no basis for interfering with the trial judge's award of costs on a solicitor-client basis subsequent to the date of the offer.

III. Analysis

(A) *Did the Appellants Defame the Respondent*

61 The nature and history of the action for defamation were discussed in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

62 For the purposes of these reasons, it is sufficient to observe that a publication which tends to lower a person in the estimation of right-thinking members of society, or to expose a person to hatred, contempt or ridicule, is defamatory and will attract liability. See *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, at p. 1079. What is defamatory may be determined from the ordinary meaning of the published words themselves or from the surrounding circumstances. In *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. 1994), R. E. Brown stated the following at p. 1-15:

[A publication] may be defamatory in its plain and ordinary meaning or by virtue of extrinsic facts or circumstances, known to the listener or reader, which give it a defamatory meaning by way of innuendo different from that in which it ordinarily would be understood. In determining its meaning, the court may take into consideration all the circumstances of the case, including any reasonable implications the words may bear, the context in which the words are used, the audience to whom they were published and the manner in which they were presented.

63 When the payment was made by Metro Toronto to Botiuk for his work at the Vannini inquiry, insidious rumours began to circulate in the Ukrainian community that he was in breach of his agreement to donate those funds to the Kosygin Demonstration Fund. The article published in the *Free Word* on March 12, 1977 asked why, if there was an agreement among Ukrainian lawyers to donate

base procureur-client après la date de l'offre, puisque Botiuk s'était acquitté du fardeau qu'il avait d'établir que le jugement qu'il avait obtenu était plus favorable que les conditions de son offre de règlement.

III. Analyse

(A) *Les appelants ont-ils diffamé l'intimé?*

La nature et l'historique de l'action en diffamation ont été examinés dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Il suffit, pour les fins des présents motifs, de dire qu'une publication qui tend à diminuer une personne dans l'estime des membres bien pensants de la société ou à l'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule, est diffamatoire et engage la responsabilité de son auteur. Voir l'arrêt *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, à la p. 1079. Il est possible de déterminer ce qui est diffamatoire à partir du sens ordinaire des mots publiés eux-mêmes ou des circonstances entourant leur publication. Dans l'ouvrage intitulé *The Law of Defamation in Canada* (2^e éd. 1994), R. E. Brown affirme, à la p. 1-15:

[TRADUCTION] [Une publication] peut être diffamatoire dans le sens ordinaire des termes qu'elle utilise ou à cause de faits ou de circonstances extrinsèques, connus de l'auditeur ou du lecteur, qui lui confèrent un sens diffamatoire en laissant entendre quelque chose de différent de ce qui serait normalement compris. Pour en déterminer le sens, le tribunal peut tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, dont les répercussions que les termes peuvent raisonnablement avoir, le contexte dans lequel ils sont utilisés, l'auditoire à qui ils sont destinés et la façon dont ils ont été présentés.

Lorsque la Communauté urbaine de Toronto a payé Botiuk pour le travail qu'il avait accompli à l'enquête Vannini, des rumeurs insidieuses ont commencé à courir dans la collectivité ukrainienne, selon lesquelles il aurait manqué à son engagement de faire don de cette somme au Fonds de manifestation anti-Kosygin. Dans l'article publié dans le *Free Word* le 12 mars 1977, l'auteur se demandait pourquoi, si les avocats ukrainiens s'étaient entendus pour fournir gratuitement leurs

their services, the funds were in the possession of Botiuk.

The UCC, the very organization that was purported to be the beneficiary of the funds, sought to put these pernicious rumours to rest. To that end, it published a letter in the community newspaper on March 15, 1977, reiterating that financial matters connected with the demonstration had already been reported and were satisfactorily settled. A few days earlier, it should be remembered, those same concerns had been raised during a meeting of the executive of the UCC and answered to the complete satisfaction of all those in attendance. Indeed, Botiuk was publicly thanked for his generosity. It was, by then, clear that Botiuk had done nothing wrong. Rather, he was to be commended for his actions.

In the face of the satisfactory explanations of the UCC executive, on May 5, 1978 Maksymec published a Report which seemed to be carefully calculated to injure Botiuk. He began by listing a large group of Ukrainian lawyers, including Botiuk, who had agreed to provide their services free of charge. He then set out the relevant financial aspects relating to the conduct of the criminal and inquiry proceedings, namely the fees paid to the non-Ukrainian lawyers, the administrative expenses as well as the total income derived from donations and from Metro Toronto. He then asserted that this income was to be used for a special immigration fund for the benefit of Ukrainians outside Canada. He finished by stating that, while the portion of the funds received from Metro Toronto which was paid to Carter had been deposited in the immigration fund, the remainder of that money, which rightfully belonged to the UCC, was being withheld by Botiuk. The inference was very clear: Botiuk was a dishonourable person, if not a thief.

Once again, the leadership of the UCC attempted to rectify the situation by issuing the Sokolsky-Muz Declaration. This document noted that while the original intention might have been

services, les fonds se trouvaient en la possession de Botiuk.

Le CUC, l'organisme même qui était censé être le bénéficiaire des fonds, a cherché à mettre un terme à ces rumeurs pernicieuses. À cette fin, il a publié une lettre dans le journal communautaire, le 15 mars 1977, répétant que les questions financières liées à la manifestation avaient déjà fait l'objet d'un rapport et d'un règlement satisfaisant. Il y a lieu de se rappeler que, quelques jours auparavant, ces mêmes questions avaient été soulevées au cours d'une réunion de la direction du CUC et que l'on y avait répondu à l'entière satisfaction de toutes les personnes présentes. En fait, on avait publiquement remercié Botiuk pour sa générosité. Il était alors clair que Botiuk n'avait rien fait de mal. On devait plutôt faire son éloge pour ce qu'il avait fait.

Face aux explications satisfaisantes données par la direction du CUC, le 5 mai 1978, Maksymec a publié un rapport qui semblait soigneusement conçu pour nuire à Botiuk. Ce rapport commençait par une liste d'un important groupe d'avocats ukrainiens, dont Botiuk, qui avaient accepté de fournir gratuitement leurs services. Maksymec y énonçait ensuite les aspects financiers pertinents quant à la façon dont s'étaient déroulées les procédures criminelles et l'enquête, à savoir les honoraires versés aux avocats non ukrainiens, les dépenses administratives et le revenu total tiré des dons et des sommes versées par la Communauté urbaine de Toronto. Il affirmait ensuite que ce revenu devait servir à un fonds spécial d'immigration destiné à venir en aide aux Ukrainiens à l'extérieur du Canada. Il concluait en disant que, bien que l'on ait déposé dans le fonds d'immigration la partie des fonds reçus de la Communauté urbaine de Toronto, qui avait été payée à Carter, le reste des fonds, qui appartenait à juste titre au CUC, était retenu par Botiuk. L'inférence était fort claire: Botiuk était un infâme personnage, voire un voleur.

De nouveau, la direction du CUC a tenté de rectifier la situation en publiant la déclaration Sokolsky-Muz. Ce document précisait que, même si Botiuk pouvait avoir eu l'intention, au départ, de

64

65

66

for Botiuk to submit a general account in the name of all Ukrainian lawyers and turn over the money collected, this approach had been rejected. In other words, any understanding there might have been among the lawyers had been nullified.

67 The trial judge observed that, had matters ended with the Sokolsky-Muz Declaration, there would probably have been no cause of action. However, Maksymec persisted in his efforts to defame Botiuk by recruiting the appellant lawyers and having them sign the Lawyers' Declaration. The endorsement of eight prominent lawyers from the Ukrainian community had the effect of greatly enhancing the credibility of Maksymec's charges. The testimony of a number of witnesses clearly demonstrated that members of the Ukrainian community were convinced that this group of lawyers would not have signed a document containing such serious allegations if they were not true.

68 As well, Maksymec published the Maksymec Reply and presented it to the Ontario Council of the UCC. It refused to deal with his complaint. Once again, despite the clear and repeated repudiations of his claims by the UCC, Maksymec continued with his vendetta against Botiuk.

69 There can be no doubt that the trial judge was correct in concluding that the combined effect of the three documents published by Maksymec and the appellant lawyers was clearly defamatory. These documents unmistakably implied that Botiuk was dishonourable and dishonest. They cast doubt upon his integrity, the most important attribute of any lawyer.

70 The devastating effect of the three publications was confirmed by the testimony of many witnesses. For example, Alderman Negridge, a prominent member of the community, spoke with tears in his eyes about members of the Ukrainian community who had "walked miles to give their donations of five or ten dollars" to help the cause and how Botiuk had misappropriated those funds.

présenter un état de compte général au nom de tous les avocats ukrainiens et de remettre la somme perçue, cette façon de procéder avait été écartée. En d'autres termes, toute entente qui avait pu exister entre les avocats avait été annulée.

Le juge de première instance a souligné que, si la déclaration Sokolsky-Muz avait clos l'affaire, il n'y aurait probablement pas eu de cause d'action. Cependant, Maksymec a persisté dans ses efforts pour diffamer Botiuk en s'adressant aux avocats appelants et en leur faisant signer la déclaration des avocats. L'appui reçu par huit avocats bien connus dans la collectivité ukrainienne a eu pour effet de rendre plus crédibles les accusations de Maksymec. Le témoignage d'un certain nombre de personnes révèle clairement que les membres de la collectivité ukrainienne étaient convaincus que ce groupe d'avocats n'auraient pas signé un document renfermant des allégations aussi graves si elles n'avaient pas été exactes.

De plus, Maksymec a publié sa réponse et l'a présentée au conseil ontarien du CUC. Celui-ci a refusé de s'occuper de sa plainte. Encore une fois, même si le CUC avait de façon claire et répétée répudié les arguments de Maksymec, ce dernier a poursuivi sa vendetta contre Botiuk.

Il n'y a pas de doute que le juge de première instance a eu raison de conclure que l'effet combiné des trois documents publiés par Maksymec et les avocats appelants était clairement diffamatoire. Ces documents insinuaient indubitablement que Botiuk était un personnage infâme et malhonnête. Ils laissaient planer des doutes sur son intégrité, la plus importante qualité d'un avocat.

De nombreux témoins sont venus confirmer l'effet dévastateur de ces trois publications. Par exemple, Alderman Negridge, membre bien connu de la collectivité, avait les larmes aux yeux lorsqu'il a parlé des membres de la collectivité ukrainienne qui [TRADUCTION] «avaient marché des kilomètres pour faire des dons de cinq ou dix dollars» pour le bien de la cause, et de la façon dont Botiuk avait détourné ces fonds.

The publications led some people to believe, as Negridge obviously did, that Botiuk had received and wrongly kept money from the Kosygin Demonstration Fund of donations. This was a false and mistaken belief. In fact, only the appellants Onyschuk and Maksymec made use of Demonstration Fund monies, the former to recoup his disbursements and the latter to pay for the publication costs of a book by the UCC which he had personally guaranteed.

Unfortunately, even at the time of the trial, more than 12 years after the libels were published, some people still believed the rumours concerning Botiuk. The trial judge was correct in his assessment that “notwithstanding the result of this action, the [respondent] will continue for the rest of his time to be considered by some members of the Ukrainian community as the lawyer who took or kept \$10,000.00 from that community”. There can be no doubt that each of the impugned documents was libellous.

(B) *Joint Liability*

The appellant lawyers contend that the trial judge erred when he held that all three publications were to be considered a single libel. They submit that since they were only involved with the Lawyers’ Declaration, their responsibility should be limited to damages flowing from the publication of that document. They rely for this proposition on the rule which provides that every defamatory publication generally gives rise to a fresh cause of action. I cannot accept that submission. The so-called “single publication rule” does not apply to concurrent tortfeasors, who can be defined as persons whose torts concur, or run together, to produce the same damage.

In *The Law of Torts* (8th ed. 1992), Fleming discusses the concept of joint concurrent tortfeasors. He states this at p. 255:

Ces publications en ont amené certains à croire, comme ce fut de toute évidence le cas de Negridge, que Botiuk avait reçu et illégalement conservé les dons versés au Fonds de manifestation anti-Kosygin. C’était là une croyance fautive et erronée. En fait, il n’y a que les appelants Onyschuk et Maksymec qui ont utilisé le Fonds de manifestation, le premier pour se rembourser ses dépenses et le deuxième pour payer les coûts de publication d’un livre du CUC, qu’il avait personnellement cautionné.

Malheureusement, même au moment du procès, plus de 12 ans après les publications diffamatoires, certaines personnes ajoutaient encore foi aux rumeurs concernant Botiuk. Le juge de première instance a eu raison d’affirmer que [TRADUCTION] «quel que soit le résultat de la présente action, [l’intimé] continuera toujours d’être considéré par certains membres de la collectivité ukrainienne comme l’avocat qui s’est approprié ou a conservé une somme de 10 000 \$ appartenant à cette collectivité». Il n’y a pas de doute que chacun des documents attaqués était diffamatoire.

(B) *La responsabilité conjointe*

Les avocats appelants soutiennent que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu’il a conclu que les trois publications devaient être considérées comme un seul acte diffamatoire. Ils font valoir que, puisqu’ils n’étaient impliqués que dans la déclaration des avocats, leur responsabilité devrait se limiter au préjudice découlant de la publication de ce document. À cette fin, ils s’appuient sur la règle voulant que chaque publication diffamatoire donne généralement lieu à une nouvelle cause d’action. Je ne puis accepter cet argument. La règle dite «de la publication unique» ne s’applique pas aux auteurs d’un délit concourant, qui peuvent être définis comme des personnes dont le délit concourt ou contribue au même préjudice.

Dans l’ouvrage intitulé *The Law of Torts* (8^e éd. 1992), Fleming analyse le concept des coauteurs d’un délit concourant. Voici ce qu’il affirme, à la p. 255:

71

72

73

74

A tort is imputed to several persons as joint tortfeasors in three instances: agency, vicarious liability, and concerted action. The first two will be considered later. The critical element of the third is that those participating in the commission of the tort must have acted in furtherance of a common design. . . . Broadly speaking, this means a conspiracy with all participants acting in furtherance of the wrong, though it is probably not necessary that they should realise they are committing a tort. [Emphasis added.]

75 The appellants' actions bring them within the third category of joint tortfeasors so well described by Fleming. In the context in which the text writer has utilized the word conspiracy, it refers to the design or agreement of persons to participate in acts which are tortious, even though they did not realize they were committing a tort.

76 As set out in *Hill, supra*, "[i]f one person writes a libel, another repeats it, and a third approves what is written, they all have made the defamatory libel" (para. 176). This statement is applicable to the case at bar. The Lawyers' Declaration expressly adopted the contents of the Maksymec Report. It follows that the appellant lawyers must be jointly responsible with Maksymec for the publication of the Report. The appellant lawyers accepted and intended that Maksymec would use the Declaration extensively and publish it. They placed no restrictions on the use to which it might be put. The Declaration and Report are by their terms inextricably interrelated. By their actions, the appellants became joint tortfeasors. Further, they, as lawyers, signed the Declaration without undertaking any investigation. For lawyers to act in this way constituted reckless behaviour. Therefore, they must be as responsible as Maksymec, not only for its publication but also for its subsequent republication.

77 The appellant lawyers are, as well, jointly and severally liable with Maksymec for the damage caused by the Maksymec Reply. The inclusion of the Lawyers' Declaration in the Maksymec Reply was a natural and logical consequence of the law-

[TRADUCTION] Un délit est imputé à plusieurs personnes à titre de coauteurs dans trois cas: le mandat, la responsabilité du fait d'autrui et l'action concertée. Les deux premiers seront examinés plus loin. L'élément essentiel du troisième cas est que ceux qui ont participé au délit doivent avoir agi dans un dessein commun [. . .] De façon générale, cela signifie un complot avec tous les participants dans l'accomplissement du méfait, même s'il n'est probablement pas nécessaire qu'ils se rendent compte qu'ils commettent un délit. [Je souligne.]

En raison des actes qu'ils ont accomplis, les appelants tombent dans la troisième catégorie des coauteurs d'un délit, que Fleming décrit si bien. D'après le contexte dans lequel l'auteur l'a utilisé, le mot «complot» désigne le fait pour des personnes de projeter de participer à des actes délictueux ou de s'entendre pour le faire, même s'ils ne se rendent pas compte qu'ils commettent un délit.

Comme on l'affirme dans l'arrêt *Hill*, précité, «[l']auteur d'un libelle, celui qui le répète, et celui qui approuve l'écrit, se rendent tous trois coupables de libelle diffamatoire» (par. 176). Cette affirmation est applicable en l'espèce. La déclaration des avocats adoptait expressément le contenu du rapport Maksymec. Il s'ensuit que les avocats appelants et Maksymec doivent être tenus conjointement responsables de la publication du rapport. Les avocats appelants ont accepté et voulu que Maksymec utilise abondamment la déclaration et la publie. Ils n'ont imposé aucune restriction quant à son utilisation. De par leur texte, la déclaration et le rapport sont inextricablement liés. Par leurs actions, les appelants sont devenus coauteurs d'un délit. De plus, ils ont, en tant qu'avocats, signé la déclaration sans se renseigner. Les avocats qui agissent de cette façon ont un comportement insouciant. En conséquence, ils sont aussi responsables que Maksymec non seulement de la publication du rapport mais aussi de sa publication ultérieure.

Les avocats appelants sont également solidairement responsables avec Maksymec du préjudice causé par la réponse de Maksymec. Il était naturel et logique que Maksymec inclue la déclaration des avocats dans sa réponse puisque les avocats qui

yers signing it without placing any restrictions on its use. Support for this position can be found in *Basse v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1983), 44 O.R. (2d) 164 (H.C.), at p. 165, and *Gatley on Libel and Slander* (8th ed. 1981), at pp. 119-20.

(C) *Qualified Privilege*

Qualified privilege attaches to the occasion upon which the communication is made, and not to the communication itself. It was explained in this way by Lord Atkinson in *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309 (H.L.), at p. 334:

... a privileged occasion is . . . an occasion where the person who makes a communication has an interest or a duty, legal, social or moral, to make it to the person to whom it is made, and the person to whom it is so made has a corresponding interest or duty to receive it. This reciprocity is essential.

See also *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311, at p. 321.

Where an occasion is shown to be privileged, the *bona fides* of the defendant is presumed and the defendant is free to publish remarks which may be defamatory and untrue about the plaintiff. However, the privilege is not absolute. It may be defeated in two ways. The first arises if the dominant motive for publishing is actual or express malice. Malice is commonly understood as ill will toward someone, but it also relates to any indirect motive which conflicts with the sense of duty created by the occasion. Malice may be established by showing that the defendant either knew that he was not telling the truth, or was reckless in that regard.

Second, qualified privilege may be defeated if the limits of the duty or interest have been exceeded. In other words, if the information communicated was not reasonably appropriate to the legitimate purposes of the occasion, the qualified privilege will be defeated. This was discussed at

avaient signé cette déclaration n'avaient fixé aucune restriction quant à son utilisation. Cette position s'appuie sur l'arrêt *Basse c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1983), 44 O.R. (2d) 164 (H.C.), à la p. 165, et l'ouvrage intitulé *Gatley on Libel and Slander* (8^e éd. 1981), aux pp. 119 et 120.

(C) *L'immunité relative*

L'immunité relative se rattache aux circonstances entourant la communication et non à la communication elle-même. Comme l'explique lord Atkinson dans *Adam c. Ward*, [1917] A.C. 309 (H.L.), à la p. 334:

[TRADUCTION] . . . il y a immunité relative [. . .] dans des circonstances où la personne qui donne des renseignements a un intérêt ou une obligation légale, sociale ou morale, de les donner à la personne à qui elle les fournit et la personne qui les reçoit a un intérêt ou une obligation correspondant de les recevoir. La réciprocité est essentielle.

Voir aussi l'arrêt *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311, à la p. 321.

Lorsqu'on établit qu'il y a immunité, la bonne foi du défendeur est présumée et ce dernier est alors libre de publier des remarques sur le demandeur, qui peuvent être diffamatoires et inexactes. Toutefois, l'immunité n'est pas absolue. Elle peut cesser d'exister pour deux raisons. Premièrement, si la publication est principalement motivée par la malveillance véritable ou expresse. Ordinairement, la malveillance s'entend de l'animosité envers quelqu'un, mais elle s'entend aussi de tout motif indirect qui entre en conflit avec le sens du devoir que l'occasion a créé. On établira l'existence de la malveillance en démontrant que le défendeur savait qu'il ne disait pas la vérité ou qu'il était insouciant à cet égard.

Deuxièmement, l'immunité relative peut cesser d'exister lorsqu'on a outrepassé les limites du devoir ou de l'intérêt. En d'autres termes, si l'information communiquée n'était pas raisonnablement appropriée pour les fins légitimes de l'occasion, l'immunité relative cessera d'exister. Cette

78

79

80

some length in *Hill, supra*, and there is no need to repeat it in these reasons.

81 The appellants contend that they are entitled to raise the defence of qualified privilege in two ways. First, Maksymec asserts that in publishing his Report to the annual general meeting of the UCC in May 1978, he was acting pursuant to a duty to report which arose as a result of both his position on the special financial commission as well as his overall involvement in the inquiry proceedings. Second, both Maksymec and the appellant lawyers claim that the Lawyers' Declaration and the Maksymec Reply were a legitimate response to the Sokolsky-Muz Declaration.

(1) Qualified Privilege in Relation to the Report

82 Maksymec argues that the special financial commission had been specifically established to make proposals as to how the UCC should use the costs paid by Metro Toronto and to present an accounting of the expenses incurred by the UCC in connection with the proceedings. I agree with the trial judge that by 1978, no duty, however widely it might be defined, remained to be discharged by Maksymec. The commission had long since ceased to exist. It had fulfilled its assigned function shortly after its creation by suggesting that a special immigration fund be established. The recovery of funds was never a part of its mandate.

83 Further, the UCC had no interest in receiving the Maksymec Report four years after the events. The evidence adduced indicated that those in attendance at the annual general meeting neither expected it nor wanted it to be introduced.

84 I am, however, prepared to accept the existence of a duty arising from Maksymec's position as a former president of the UCC. It was during his administration that the proceedings arising out of

question a été examinée en profondeur dans l'arrêt *Hill*, précité, et il n'est pas nécessaire de la reprendre en l'espèce.

Les appellants soutiennent qu'ils ont le droit d'invoquer de deux façons le moyen de défense fondé sur l'immunité relative. Premièrement, Maksymec soutient qu'en publiant son rapport à l'assemblée générale annuelle du CUC en mai 1978, il agissait conformément au devoir de rendre compte qu'il avait comme titulaire du poste qu'il occupait au sein de la commission spéciale des finances, et conformément à sa participation globale aux procédures d'enquête. Deuxièmement, Maksymec et les avocats appelants soutiennent que la déclaration des avocats et la réponse de Maksymec constituaient une réponse légitime à la déclaration Sokolsky-Muz.

(1) L'immunité relative et le rapport

Maksymec soutient que la commission spéciale des finances avait été spécifiquement constituée, d'une part, pour formuler des propositions sur la façon dont le CUC devrait utiliser les fonds versés par la Communauté urbaine de Toronto et, d'autre part, pour présenter un état des dépenses engagées par le CUC relativement aux procédures. Je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire que Maksymec n'avait plus, en 1978, aucun devoir, aussi large qu'on puisse le définir, dont il devait s'acquitter. La commission n'existait plus depuis longtemps. Elle avait rempli son mandat peu de temps après sa création en proposant l'établissement d'un fonds spécial d'immigration. Le recouvrement de fonds n'a jamais fait partie de son mandat.

De plus, le CUC n'avait aucun intérêt à recevoir le rapport Maksymec quatre ans après les événements. Selon les éléments de preuve déposés, les participants à l'assemblée générale annuelle n'espéraient pas et ne désiraient pas le dépôt de ce rapport.

Cependant, je suis disposé à accepter que Maksymec avait un devoir en tant qu'ancien président du CUC. C'est au cours de son administration que les procédures découlant de la manifestation

the anti-Kosygin demonstration commenced. Similarly, the UCC had a reciprocal interest in receiving pertinent information in light of the rumours which had been circulating within the Ukrainian community. The annual general meeting of the UCC, where discussions relating to community affairs took place, was an appropriate forum to present the Maksymec Report.

This said, I am satisfied that the limits of the privileged occasion were clearly exceeded. As the trial judge stated, Maksymec may have wanted to address the rumours in order to distance himself from the gossip, but in doing so it was unnecessary to defame Botiuk. The libellous references to Botiuk contained in the Maksymec Report exceeded the qualified privilege that attached to the occasion.

(2) Qualified Privilege in Relation to the Lawyers' Declaration and the Maksymec Reply

Both Maksymec and the appellant lawyers claim that the occasion was privileged because in the Lawyers' Declaration and Maksymec Reply they were responding to what they perceived to be an attack on their honesty and integrity presented by the Sokolsky-Muz Declaration. As this Court held in *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275, at p. 286, following *Adam v. Ward*, *supra*, a response to a personal attack is protected by a qualified privilege. However, that response must be "germane and reasonably appropriate to the occasion". See also *Gatley on Libel and Slander*, *supra*, at p. 218.

The Sokolsky-Muz Declaration attacked the Maksymec Report as "groundless and untrue" and "harmful to the community". The appellants were entitled to respond to protect their interest and, therefore, the defence of qualified privilege was available to them. However, they went well beyond what was reasonably appropriate to the occasion, and as a result, they lost the protections afforded by that defence.

anti-Kosygin ont commencé. De même, le CUC avait un intérêt réciproque à recevoir des renseignements pertinents compte tenu des rumeurs qui couraient dans la collectivité ukrainienne. L'assemblée générale annuelle du CUC, au cours de laquelle on discutait de questions concernant la collectivité, constituait un lieu approprié pour déposer le rapport Maksymec.

Ceci dit, je suis convaincu que l'on a clairement excédé les limites de l'immunité. Comme l'a dit le juge de première instance, Maksymec a peut-être voulu s'attaquer aux rumeurs pour se dissocier des racontars, mais ce faisant il n'avait pas à diffamer Botiuk. Les mentions diffamatoires relatives à Botiuk contenues dans le rapport Maksymec outrepassaient l'immunité relative rattachée aux circonstances.

(2) L'immunité relative et la déclaration des avocats et la réponse de Maksymec

Maksymec et les avocats appelants soutiennent qu'il y avait immunité parce que, dans la déclaration des avocats et la réponse de Maksymec, ils répondaient à ce qu'ils considéraient comme une attaque contre leur honnêteté et leur intégrité dans la déclaration Sokolsky-Muz. Comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275, à la p. 286, dans la foulée de l'arrêt *Adam c. Ward*, précité, une réponse à une attaque personnelle bénéficie d'une immunité relative. Cependant, cette réponse doit être [TRADUCTION] «pertinent[e] et raisonnablement approprié[e] aux circonstances». Voir aussi *Gatley on Libel and Slander*, *op. cit.*, à la p. 218.

La déclaration Sokolsky-Muz attaquait le rapport Maksymec comme étant [TRADUCTION] «sans fondement et fau[x]» et [TRADUCTION] «préjudiciable [. . .] à la collectivité». Les appelants avaient le droit d'y répondre pour protéger leur intérêt et pouvaient donc invoquer le moyen de défense fondé sur l'immunité relative. Cependant, ils sont allés bien au-delà de ce qui était raisonnablement approprié dans les circonstances et ont, de ce fait, perdu la protection offerte par ce moyen de défense.

85

86

87

88 As the trial judge observed, “it was [not] necessary for the [appellants] to continue to defame the [respondent] in order to deal with the Sokolsky-Muz declaration”. Neither the Lawyers’ Declaration nor the Maksymec Reply was a measured response to the document authored by the UCC. By adopting the omissions and inaccuracies of the Maksymec Report, the Lawyers’ Declaration and Maksymec Reply increased the injurious effect of the defamation contained in the Report.

(D) *Liability of Maksymec & Associates Ltd.*

89 On behalf of the company, it is argued that a corporation can only be held liable for the acts of its agents if they are acting pursuant to the corporation’s express authorization, or in direct obedience of its orders, or within the authority and power conferred on them by the corporation. It is submitted that there was no evidence that either Maksymec or his secretary were acting with the authority of the corporation when they stamped the company’s name and return address on the envelopes used to send the libellous documents to selected members of the Ukrainian community.

90 The Court of Appeal upheld the trial judge’s finding of liability on the part of Maksymec & Associates Ltd. It found that, by his action and in his capacity as the principal shareholder and officer of the company and its directing mind, Maksymec clearly associated the company with the defamatory statements. I agree with this conclusion. As Lord Denning states in *H. L. Bolton (Engineering) Co. v. T. J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159 (C.A.), at p. 173, “the intention of the company can be derived from the intention of its officers and agents”. See also *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 52 O.R. (2d) 473 (C.A.).

(E) *Damages*

91 In *Hill, supra*, the importance of the reputation of the individual was discussed. These words appear at para. 107:

Comme l’a fait remarquer le juge de première instance: [TRADUCTION] «[les appelants] n’avaient pas à continuer de diffamer [l’intimé] pour répondre à la déclaration Sokolsky-Muz». Ni la déclaration des avocats ni la réponse de Maksymec ne constituaient une réponse modérée au document du CUC. En reprenant les omissions et les inexactitudes du rapport Maksymec, la déclaration des avocats et la réponse de Maksymec intensifiaient l’effet préjudiciable de la diffamation contenue dans ce rapport.

(D) *La responsabilité de Maksymec & Associates Ltd.*

Au nom de la société, on soutient qu’une personne morale ne peut être tenue responsable des actes de ses mandataires que si ces derniers agissent conformément à l’autorisation expresse de la société, sur son ordre direct ou conformément à la compétence et au pouvoir qu’elle leur a conférés. On soutient qu’il n’y avait aucune preuve que Maksymec ou sa secrétaire agissait avec l’autorisation de la société lorsqu’ils ont apposé le nom et l’adresse de retour de la société sur les enveloppes utilisées pour envoyer les documents diffamatoires à certains membres de la collectivité ukrainienne.

La Cour d’appel a confirmé la conclusion du juge de première instance relativement à la responsabilité de Maksymec & Associates Ltd. Elle a statué que, par ses actes et en sa qualité de cadre, actionnaire principal et âme dirigeante de la société, Maksymec avait nettement associé la société aux déclarations diffamatoires. Je suis d’accord avec cette conclusion. Comme lord Denning l’affirme dans l’arrêt *H. L. Bolton (Engineering) Co. c. T. J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159 (C.A.), à la p. 173, [TRADUCTION] «l’intention de la société peut émaner de celle de ses dirigeants et mandataires». Voir aussi l’arrêt *Standard Investments Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 52 O.R. (2d) 473 (C.A.).

(E) *Dommages-intérêts*

L’importance de la réputation de la personne a été analysée dans l’arrêt *Hill*, précité. Ce passage figure au par. 107:

A good reputation is closely related to the innate worthiness and dignity of the individual. It is an attribute that must, just as much as freedom of expression, be protected by society's laws.

It was observed in *Hill* that this is particularly true of lawyers. A reputation for integrity and trustworthiness is the cornerstone of their professional life. Injury done to reputation can only with the greatest difficulty be repaired. As Cardozo J. put it in *People ex rel. Karlin v. Culkan*, 162 N.E. 487 (N.Y. 1928), at p. 492, “[r]eputation in such a calling is a plant of tender growth and its blossom, once lost, is not easily restored”. It should be recognized that these observations will be equally applicable to other professions and callings. It is simply that this case is concerned with a lawyer. I would add that for a lawyer whose practice stems in large part from a tightly knit, ethnic community, a charge of dishonesty would undoubtedly cause a crushing injury.

The trial judge found that prior to the libel, Botiuk was, in every way, a leader in the Ukrainian community. He had reached a “high pinnacle of success” and enjoyed a “first-class reputation”. Following the publications, his practice, his personal and social life, even his health, suffered greatly. In addition, the devastating effects of the libellous statements have persisted over the years.

(1) Malice

The figure of \$140,000 arrived at by the trial judge included an award for aggravated damages. In my reasons in *Hill*, *supra*, the following appears at para. 190:

If aggravated damages are to be awarded, there must be a finding that the defendant was motivated by actual malice, which increased the injury to the plaintiff, either by spreading further afield the damage to the reputation of the plaintiff, or by increasing the mental distress and

... [une] bonne réputation [. . .] se rattache étroitement à la valeur et à la dignité innées de la personne. Elle est un attribut qui doit, au même titre que la liberté d'expression, être protégé par les lois de la société.

Dans l'arrêt *Hill*, on a fait remarquer que cela est tout particulièrement vrai des avocats. Une réputation d'intégrité et de conscience professionnelles est la pierre angulaire de leur vie professionnelle. Il est fort difficile de réparer le tort causé à la réputation. Comme l'affirme le juge Cardozo, dans l'affaire *People ex rel. Karlin c. Culkan*, 162 N.E. 487 (N.Y. 1928), à la p. 492: [TRADUCTION] «[l]a réputation d'une personne occupant un tel poste est une plante à croissance délicate qu'il est difficile de faire refleurir, une fois les fleurs tombées». Il y a lieu de reconnaître que ces observations seront également applicables à d'autres métiers et professions. Il se trouve simplement que la présente affaire concerne un avocat. Je tiens à ajouter qu'un avocat dont les clients proviennent en grande partie d'une communauté ethnique fort unie subirait certainement un préjudice écrasant s'il était accusé de malhonnêteté.

Selon le juge de première instance, Botiuk était à tous les points de vue un dirigeant de la collectivité ukrainienne, avant le libelle. Il avait atteint [TRADUCTION] «l'apogée du succès» et jouissait [TRADUCTION] «d'une réputation de première classe». À la suite des publications, sa pratique professionnelle, sa vie personnelle et sociale, même sa santé, ont subi un grave préjudice. De plus, les effets dévastateurs des déclarations diffamatoires ont continué de se faire sentir au fil des ans.

(1) La malveillance

La somme de 140 000 \$ calculée par le juge de première instance incluait des dommages-intérêts majorés. Dans les motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *Hill*, précité, le passage suivant figure au par. 190:

Pour accorder des dommages-intérêts majorés, le jury doit conclure que le défendeur était motivé par une malveillance véritable et a ainsi accru le préjudice subi par le demandeur, soit en propageant davantage le tort causé à sa réputation, soit en intensifiant son angoisse morale

92

93

94

humiliation of the plaintiff. See, for example, *Walker v. CFTO*, *supra*, at p. 111; *Vogel*, *supra*, at p. 178; *Kerr v. Conlogue* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 70 (S.C.), at p. 93; and *Cassell & Co. v. Broome*, *supra*, at pp. 825-26. The malice may be established by intrinsic evidence derived from the libellous statement itself and the circumstances of its publication, or by extrinsic evidence pertaining to the surrounding circumstances, which demonstrate that the defendant was motivated by an unjustifiable intention to injure the plaintiff. See *Taylor v. Despard*, *supra*, at p. 975.

et son humiliation. Voir par exemple *Walker c. CFTO*, précité, à la p. 111, *Vogel*, précité, à la p. 178, *Kerr c. Conlogue* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 70 (C.S.), à la p. 93, et *Cassell & Co. c. Broome*, précité, aux pp. 825 et 826. On peut établir l'existence de la malveillance à l'aide d'une preuve intrinsèque qui découle de la déclaration diffamatoire elle-même et des circonstances de sa publication, ou encore à l'aide d'éléments de preuve extrinsèques relatifs aux circonstances, qui démontrent que le défendeur avait l'intention injustifiable de causer un préjudice au demandeur. Voir *Taylor c. Despard*, précité, à la p. 975.

95 The trial judge had no difficulty finding that Maksymec was motivated by express malice. I agree. Overwhelming evidence was presented upon which he could base this conclusion. Of a little greater complexity is the question of whether the appellants lawyers were also motivated by malice.

Le juge de première instance n'a eu aucune difficulté à conclure que Maksymec était motivé par une malveillance expresse. Je suis d'accord. La preuve accablante présentée le justifiait d'arriver à cette conclusion. Il est un peu plus difficile de déterminer si les avocats appelants étaient aussi motivés par la malveillance.

96 A distinction in law exists between "carelessness" with regard to the truth, which does not amount to actual malice, and "recklessness", which does. In *The Law of Defamation in Canada*, *supra*, R. E. Brown refers to the distinction in this way (at pp. 16-29 to 16-30):

Il existe en droit une distinction entre «l'indifférence» à l'égard de la vérité, qui n'équivaut pas à une malveillance véritable, et «l'insouciance» qui y équivaut. Dans *The Law of Defamation in Canada*, *op. cit.*, R. E. Brown parle ainsi de cette distinction (aux pp. 16-29 et 16-30):

... a defendant is not malicious merely because he relies solely on gossip and suspicion, or because he is irrational, impulsive, stupid, hasty, rash, improvident or credulous, foolish, unfair, pig-headed or obstinate, or because he was labouring under some misapprehension or imperfect recollection, although the presence of these factors may be some evidence of malice.

[TRADUCTION] . . . un défendeur n'est pas malveillant simplement parce qu'il se fie seulement à des racontars et à des soupçons, ou parce qu'il est irrationnel, impulsif, stupide, emporté, impétueux, imprévoyant ou naïf, insensé, injuste, entêté ou opiniâtre, ou parce qu'il n'avait pas bien compris ou ne se rappelait pas correctement; cependant, l'existence de ces facteurs peut être une preuve de malveillance.

97 The author then puts forward the reasons of Lord Diplock in *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.), as representative (though not definitively) of the Canadian position. In that case Lord Diplock wrote at p. 150:

L'auteur expose ensuite les motifs de lord Diplock dans l'arrêt *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.), comme étant représentatifs (mais d'une façon non définitive) de la position canadienne. Lord Diplock y affirme, à la p. 150:

... what is required on the part of the defamer to entitle him to the protection of the privilege is positive belief in the truth of what he published or, as it is generally though tautologously termed, "honest belief". If he publishes untrue defamatory matter recklessly, without considering or caring whether it be true or not, he is in this, as in other branches of the law, treated as if he knew it to be false. But indifference to the truth of what he publishes is not to be equated with carelessness, impulsive-

[TRADUCTION] . . . l'auteur du libelle peut bénéficier de l'immunité s'il a une croyance positive que les propos qu'il publie sont véridiques ou s'il a «une croyance honnête», comme on le dit généralement, mais de façon tautologique. S'il publie des propos inexacts diffamatoires d'une façon insouciante, et qu'il lui est indifférent qu'ils soient véridiques ou non, on considère, dans ce cas comme dans d'autres domaines du droit, qu'il était au courant de la fausseté des propos. Cependant, l'absence

ness or irrationality in arriving at a positive belief that it is true. . . But despite the imperfection of the mental process by which the belief is arrived at it may still be "honest", that is, a positive belief that the conclusions they have reached are true. The law demands no more. [Emphasis added.]

This proposition does indeed seem to be generally representative of the Canadian position on the matter. However, when the defendants are lawyers who must be presumed to be reasonably familiar with both the law of libel and the legal consequences flowing from the signing of a document, their actions will be more closely scrutinized than would those of a lay person. That is to say, actions which might be characterized as careless behaviour in a lay person could well become reckless behaviour in a lawyer with all the resulting legal consequences of reckless behaviour. That is the very situation presented in this case.

The appellant lawyers signed a Lawyers' Declaration which stated that they had "familiarized" themselves with the Report and that it "correctly and accurately" reflected the state of affairs during and after the Kosygin demonstration. Yet, several of them had not even read it. Most of them did not know anything about the preparation of Botiuk's account. Some neither talked to Botiuk before signing the Lawyers' Declaration nor discussed it with the others. As lawyers, they should have known how significant the impact of the Lawyers' Declaration would be on Botiuk. They were duty-bound to take reasonable steps to investigate and ensure that the document was correct.

In the Maksymec Reply, Maksymec referred to the Lawyers' Declaration as the basis for the statement that the various lawyers, including the appellants, gave generously of their time and assistance before and during the Vannini inquiry and that they had agreed not to charge for their work. Although the appellants knew that in reality they

de préoccupation pour l'exactitude des propos publiés par une personne n'équivaut pas à l'indifférence, à l'impulsivité ou à l'irrationalité dont on fait preuve pour arriver à une croyance positive que les propos sont véridiques [. . .] Toutefois, malgré l'imperfection du processus mental par lequel on est arrivé à la croyance, il peut encore être «honnête», c'est-à-dire une croyance positive que les conclusions tirées sont véridiques. La loi n'en demande pas plus. [Je souligne.]

Cette proposition semble, en fait, généralement représentative de la position canadienne sur la question. Cependant, si les défendeurs sont des avocats qui, doit-on présumer, connaissent raisonnablement bien le droit en matière de libelle et les conséquences juridiques de la signature d'un document, leurs actes seront examinés de plus près que ceux d'un profane. Autrement dit, les actes qui, chez un profane, pourraient bien être qualifiés de comportement indifférent pourraient être considérés comme un comportement insouciant chez un avocat, et entraîner toutes les conséquences juridiques s'y rapportant. C'est précisément ce qui se passe en l'espèce.

Les avocats appelants ont signé la déclaration des avocats qui précisait qu'ils avaient [TRADUCTION] «pris connaissance» du rapport qui reflétait «correctement et fidèlement» la situation pendant et après la manifestation anti-Kosygin. Cependant, plusieurs d'entre eux ne l'avaient même pas lu. La plupart d'entre eux n'étaient pas au courant de la préparation de l'état de compte de Botiuk. Certains n'avaient ni parlé à Botiuk avant la signature de la déclaration des avocats, ni n'en avaient discuté avec les autres. En tant qu'avocats, ils auraient dû connaître l'importance de l'incidence que la déclaration des avocats aurait sur Botiuk. Ils avaient l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour examiner l'exactitude du document et s'en assurer.

Dans sa réponse, Maksymec s'est fondé sur la déclaration des avocats pour affirmer que les divers avocats, y compris les appelants, avaient généreusement donné de leur temps et fourni leur aide avant et pendant l'enquête Vannini, et qu'ils avaient convenu d'accomplir gratuitement ce travail. Même si les appelants savaient que leur con-

98

99

100

had contributed very little and that there could not have been any such agreement, they did nothing to correct the inaccurate impression left by the Maksymec Reply and raised no objection to Maksymec's subsequent use of the Lawyers' Declaration.

101 Although it is not determinative, the conduct of the appellant lawyers prior to and during the trial can properly be taken into consideration as an indication of their general attitude toward Botiuk. None of them apologized to him or retracted what was written in the Lawyers' Declaration. Rather, as the trial progressed and the true situation was revealed, each continued to maintain that the plaintiff was wrong. As the trial judge found, the appellants Zarowsky and Bardyn manifested hostility towards the plaintiff during their testimony, particularly in relation to the extent of Botiuk's participation at the inquiry. Despite the overwhelming evidence on this point, most of the lawyers were reluctant to acknowledge how little each of them had done and, conversely, how much Botiuk had given of his time and energy.

102 The appellants must have, or at the very least should have, realized that the endorsement of eight prominent lawyers would have a devastating effect on Botiuk's reputation. The evidence indicates that after the publication of the Lawyers' Declaration, public opinion in the community swung decisively against Botiuk. Witnesses testified that they became convinced that the rumours might actually be true after they had read the document.

103 Taking into account the appellants' status as lawyers and influential persons in the community, and the effect of their concerted action in signing the Lawyers' Declaration, I am satisfied that their conduct in signing the document without undertaking a reasonable investigation as to the correctness of the document, which they were duty-bound to do, was reckless. This same conclusion can be reached from their failure to place any restriction or qualification upon the use that could be made of it. The legal consequence of their recklessness is that their actions must be found to be malicious.

tribution avait été très faible en réalité, et qu'il ne pouvait y avoir eu une telle entente, ils n'ont rien fait pour corriger la fausse impression laissée par la réponse de Maksymec et ne se sont pas opposés à l'utilisation ultérieure que Maksymec a faite de la déclaration des avocats.

Bien qu'elle ne soit pas déterminante, la conduite des avocats appelants, avant et pendant le procès, peut être prise en considération à titre d'indication de leur attitude générale envers Botiuk. Aucun d'eux ne lui a présenté ses excuses ni rétracté les propos écrits dans la déclaration des avocats. Au contraire, au fur et à mesure que le procès avançait et que la situation réelle se faisait jour, chacun a continué de maintenir que le demandeur avait tort. Comme l'a conclu le juge de première instance, les appelants Zarowsky et Bardyn ont manifesté de l'hostilité envers le demandeur lorsqu'ils ont témoigné, particulièrement en ce qui concernait la mesure dans laquelle Botiuk a participé à l'enquête. Malgré la preuve accablante sur ce point, la plupart des avocats ont hésité à reconnaître le peu de travail accompli par chacun d'eux, et, inversement, combien de temps et d'énergie avaient été consacrés par Botiuk.

Les appelants ont dû, ou auraient tout au moins dû, se rendre compte que l'appui de huit avocats bien connus aurait un effet dévastateur sur la réputation de Botiuk. La preuve révèle qu'il y a eu un revirement catégorique de l'opinion publique à l'égard de Botiuk après la publication de la déclaration des avocats. Selon des témoins, c'est après avoir lu le document qu'ils sont devenus convaincus que les rumeurs pourraient bien être fondées.

Compte tenu de la situation des appelants comme avocats et personnes influentes dans la collectivité, et de l'effet du geste concerté qu'ils ont accompli en signant la déclaration des avocats, je suis convaincu que leur conduite a été insouciance lorsqu'ils ont signé ce document sans procéder à l'examen raisonnable de son exactitude, qu'ils étaient tenus de faire. La même conclusion peut être tirée de leur omission de formuler une restriction ou une réserve quant à l'utilisation qui pourrait en être faite. La conséquence juridique de leur insouciance est que leurs actes doivent être jugés

Since both Maksymec and the appellant lawyers were motivated by malice, they are, therefore, jointly and severally liable for the \$140,000 award, including that portion which represents aggravated damages, as well as for the \$325,000 special damages award, which I will discuss later.

(F) *Assessment of Damages*

A number of the issues raised in this appeal pertaining to damages have been discussed and determined in *Hill, supra*. As a result, they can be dealt with in a relatively summary manner in these reasons.

(1) Comparison With Awards Made in Other Libel Cases

In *Hill* it was emphasized that each libel case is unique and little can be gained from a detailed comparison of awards made in other cases. It was explained in these words (at para. 187):

The assessment of damages in a libel case flows from a particular confluence of the following elements: the nature and circumstances of the publication of the libel, the nature and position of the victim of the libel, the possible effects of the libel statement upon the life of the plaintiff, and the actions and motivations of the defendants.

(2) Should a Cap Be Imposed on Damages in Defamation Cases

For the reasons expressed in *Hill* a cap on damages in defamation cases is neither needed nor desirable.

(3) Appellate Review of Assessments of Damages in Defamation Cases

Perhaps the cautionary note expressed in *Hill* bears repeating. Namely, that appellate courts should, for the reasons expressed in *Hill*, proceed

comme étant malveillants. Étant donné que Maksymec et les avocats appelants étaient motivés par la malveillance, ils sont, en conséquence, solidairement responsables du paiement des 140 000 \$ accordés, y compris la partie représentant des dommages-intérêts majorés, ainsi que des 325 000 \$ de dommages-intérêts spéciaux, que j'examinerai plus loin.

(F) *Évaluation des dommages-intérêts*

Un certain nombre des questions soulevées en l'espèce relativement aux dommages-intérêts ont été examinées et tranchées dans l'arrêt *Hill*, précité. C'est pourquoi il est possible ici de les examiner d'une façon relativement sommaire.

(1) Comparaison avec les montants accordés dans d'autres affaires de libelle

Dans l'arrêt *Hill*, on a souligné que chaque cas de libelle est unique et qu'il n'est pas vraiment utile de faire une comparaison détaillée entre les montants accordés dans d'autres affaires. Voici l'explication qui est donnée (au par. 187):

L'évaluation des dommages-intérêts dans une affaire de libelle ressortit à l'ensemble des éléments suivants: la nature et les circonstances de la publication du libelle, le caractère et la situation de la victime du libelle, les effets possibles de la déclaration diffamatoire sur la vie du demandeur, et les actes et motivations des défendeurs.

(2) Y a-t-il lieu de fixer un plafond aux dommages-intérêts dans les affaires de diffamation?

Pour les motifs exposés dans l'arrêt *Hill*, il n'est ni nécessaire ni souhaitable de fixer un plafond aux dommages-intérêts dans les affaires de diffamation.

(3) La révision en appel de l'évaluation des dommages-intérêts dans les affaires de diffamation

Il vaut peut-être la peine de répéter la mise en garde formulée dans l'arrêt *Hill*, à savoir qu'une cour d'appel devrait, pour les motifs exprimés dans

104

105

106

107

with restraint and caution before making any variation in assessments of damages in libel cases.

(4) Special Damages

108 It will be remembered that the trial judge awarded Botiuk special damages for the loss of income from his practice occasioned by the libellous publications. However, the Court of Appeal held that since Botiuk had not specifically claimed special damages, they should not have been awarded. A portion of the special damages was then added to the award as an element of the general damages. With the greatest respect, I cannot agree with that position.

109 It is true that proof relevant to special damages may be admissible for the purpose of supporting general damages. However, unlike general damages, actual pecuniary loss is not presumed. Therefore, special damages must be specifically pleaded and proved in court. See *The Law of Defamation in Canada, supra*, at p. 25-75.

110 In my view, the loss of business was sufficiently pleaded to warrant the award of special damages. In his amended fresh statement of claim, Botiuk pleaded that, by reason of the defamatory statements made against him, he suffered, among other things, a "loss in his practice of his profession as a barrister and solicitor" and "suffered injury to his career". A lump sum for damages was claimed to compensate for these injuries.

111 Special damages may arise from a general falling of business, a loss or decline of patronage and a loss of custom. If the libellous words are in their nature intended, or are reasonably likely to produce, or actually do produce, such a loss, the plain-

l'arrêt *Hill*, faire preuve de retenue et de prudence avant de modifier l'évaluation des dommages-intérêts dans les affaires de libelle.

(4) Les dommages-intérêts spéciaux

On se souviendra que le juge de première instance a accordé à Botiuk des dommages-intérêts spéciaux pour la perte de revenus tirés de sa pratique du droit, que les publications diffamatoires ont entraînée. Cependant, la Cour d'appel a conclu qu'ils n'auraient pas dû être accordés parce que Botiuk ne les avaient pas spécifiquement réclamés. Une partie des dommages-intérêts spéciaux a ensuite été ajoutée comme poste des dommages-intérêts généraux. En toute déférence, je ne puis souscrire à ce point de vue.

Il est vrai qu'une preuve pertinente relativement à la question des dommages-intérêts spéciaux peut être admissible pour justifier des dommages-intérêts généraux. Cependant, contrairement aux dommages-intérêts généraux, la perte pécuniaire réelle ne se présume pas. En conséquence, il faut spécifiquement réclamer devant le tribunal des dommages-intérêts spéciaux et en établir le bien-fondé. Voir *The Law of Defamation in Canada, op. cit.*, à la p. 25-75.

À mon avis, on a suffisamment invoqué la perte de clientèle pour justifier l'attribution de dommages-intérêts spéciaux. Dans sa nouvelle déclaration modifiée, Botiuk a soutenu qu'il avait notamment subi, en raison des déclarations diffamatoires faites contre lui, [TRADUCTION] «une perte de clientèle en tant qu'avocat» et «une atteinte à sa carrière». Un montant forfaitaire de dommages-intérêts était réclamé à titre d'indemnité pour ces préjudices.

Des dommages-intérêts spéciaux peuvent découler d'un ralentissement général des affaires, d'une perte ou diminution d'achalandage ou d'une perte de clients. Si les propos diffamatoires visent, de par leur nature, à engendrer une telle perte ou encore sont raisonnablement susceptibles de le faire, ou s'ils le font effectivement, la partie demanderesse peut obtenir un recouvrement. Voir

tiff may recover. See *Gatley on Libel and Slander, supra*, at pp. 94-100.

This is one of those rare cases in which it was possible to adduce the necessary evidence to prove actual pecuniary loss. There was ample evidence presented upon which the trial judge could properly base his decision to award and arrive at his assessment of the special damages. It follows that neither the finding that all of the appellants are jointly and severally liable for the compensatory damages, nor the assessment of special damages, should have been disturbed by the Court of Appeal. I would, therefore, restore the special damages award made by the trial judge.

(5) Prejudgment Interest

The trial judge made two decisions with respect to the award of prejudgment interest. First, he excluded that portion of the compensatory damage award attributed to the present value of future pecuniary loss. Second, he determined that the period of entitlement to prejudgment interest was governed by s. 138(2) of the *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, and amounted to 12½ years.

The Court of Appeal reduced the period for which prejudgment interest would be computed from 12½ to 10 years. It was said that this reduction was necessitated by the failure of successive counsel of record for Botiuk to pursue the action. The interest rate of 13 percent was not disputed.

The appellants contend that in fixing Botiuk's general damages, the trial judge explicitly and the Court of Appeal implicitly took into account the effects of inflation. It is argued that the addition of the prejudgment rate of 13 percent amounts to a double recovery. The appellants contend that *Borland v. Muttersbach* (1985), 53 O.R. (2d) 129 (C.A.), was wrongly applied or alternatively, that it was wrongly decided.

Gatley on Libel and Slander, op. cit., aux pp. 94 à 100.

Il s'agit de l'un des rares cas où l'on pouvait présenter les éléments de preuve nécessaires pour établir l'existence d'une perte pécuniaire réelle. On a présenté suffisamment d'éléments de preuve sur lesquels le juge de première instance pouvait fonder sa décision d'accorder des dommages-intérêts spéciaux et en faire le calcul. Il s'ensuit que ni la conclusion que tous les appelants sont solidairement responsables au titre des dommages-intérêts compensatoires, ni l'évaluation de dommages-intérêts spéciaux, n'auraient dû être modifiées par la Cour d'appel. En conséquence, je suis d'avis de rétablir les dommages-intérêts spéciaux accordés par le juge de première instance.

(5) Les intérêts avant jugement

Le juge de première instance a pris deux décisions relativement à l'attribution d'intérêts avant jugement. Premièrement, il a écarté la partie des dommages-intérêts compensatoires, imputée à la valeur actualisée de la perte pécuniaire future. Deuxièmement, il a déterminé que c'est le par. 138(2) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11, qui servait à déterminer la durée de la période visée par les intérêts avant jugement, et qu'il s'agissait en l'espèce d'une période de 12 ans et demi.

La Cour d'appel a réduit cette période et l'a fixée à 10 ans. À son avis, cette période devait être réduite parce que les avocats qui ont successivement représenté Botiuk n'ont pas continué l'action. On n'a pas contesté le taux d'intérêt de 13 pour 100.

Les appelants soutiennent que, dans le calcul des dommages-intérêts généraux de Botiuk, le juge de première instance a explicitement et la Cour d'appel a implicitement tenu compte des effets de l'inflation. On soutient que l'ajout des intérêts avant jugement calculés au taux de 13 pour 100 équivaut à un double recouvrement. Les appelants soutiennent que l'arrêt *Borland c. Muttersbach* (1985), 53 O.R. (2d) 129 (C.A.), a été mal appliqué ou, subsidiairement, que cet arrêt est mal fondé.

112

113

114

115

116 In *Borland* consideration was given to the question of prejudgment interest. Objection was taken to the award of prejudgment interest on the non-pecuniary general damages of one of the plaintiffs. The award was made under the discretionary power conferred on the trial judge by s. 36(6) of the *Judicature Act*, R.S.O. 1980, c. 223. That subsection permits the judge to vary the rate of interest and the period for which it is payable, "where he considers it to be just to do so in all the circumstances", from the rate prescribed in s. 36(3) of the Act for general or non-pecuniary damages.

117 It was contended in *Borland* that since the ceiling on awards for non-pecuniary damages established by the "trilogy" of cases from this Court could be increased to reflect inflation (*Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629), the award of prejudgment interest on the inflated sum amounted to a double payment. The Court of Appeal did not agree and upheld the trial judge's decision on this matter.

118 The trial judge in *Borland* had observed that the award adjusted for inflation buys no more than the original figure did in 1978. He went on to determine that whatever the award, the statute gives the plaintiff the *prima facie* right to receive prejudgment interest on it at the prevailing prime rate. In the absence of such a guarantee, there would be no incentive for defendants to make advance payments, thereby foregoing investment income. He concluded that the fact of inflation is not a proper ground for depriving plaintiffs of their *prima facie* right to receive prejudgment interest.

119 In my view, the decision in *Borland* is correct and the reasoning should be applied to the award made to Botiuk. This is what the trial judge did and, with great respect, the Court of Appeal erred in varying his decision pertaining to the award of interest. The trial judge considered the delays occasioned by Botiuk's counsel and rightly concluded that they had been taken into account in the Court of Appeal's disposition of the 1990 motion

Dans l'arrêt *Borland*, on a examiné la question des intérêts avant jugement. On s'est opposé à l'attribution d'intérêts avant jugement sur les dommages généraux non pécuniaires subis par l'une des parties demandresses. L'attribution a été faite en vertu du pouvoir discrétionnaire conféré au juge de première instance par le par. 36(6) de la *Judicature Act*, R.S.O. 1980, ch. 223. Cette disposition permet au juge, [TRADUCTION] «s'il estime justifié de le faire compte tenu de toutes les circonstances», de modifier le taux d'intérêt et la période pendant laquelle il est payable, par rapport au taux prévu au par. 36(3) de la Loi relativement aux dommages généraux ou non pécuniaires.

Dans l'arrêt *Borland*, on a soutenu que, puisqu'il est possible, de majorer le plafond fixé par la «trilogie» de notre Cour pour des dommages non pécuniaires, afin de tenir compte de l'inflation (*Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629), l'attribution d'intérêts avant jugement sur le montant majoré équivalait à un double paiement. La Cour d'appel n'était pas de cet avis et a confirmé la décision du juge de première instance à ce propos.

Dans l'arrêt *Borland*, le juge de première instance avait fait remarquer que le montant rajusté pour tenir compte de l'inflation ne permettait pas d'acheter davantage que le montant initial en 1978. Il a ensuite statué que, quel que soit le montant accordé, la loi confère à la demandresse le droit *prima facie* de toucher des intérêts avant jugement, au taux préférentiel en vigueur. En l'absence d'une telle garantie, rien n'inciterait les défendeurs à faire des paiements anticipés et à renoncer ainsi à des revenus de placement. Il a conclu que l'inflation n'est pas un motif valable de priver les demandeurs de leur droit *prima facie* de toucher des intérêts avant jugement.

À mon avis, l'arrêt *Borland* est correct et le raisonnement qu'on y adopte devrait être appliqué au montant accordé à Botiuk. C'est ce qu'a fait le juge de première instance et, en toute déférence, la Cour d'appel a commis une erreur en modifiant sa décision relative aux intérêts accordés. Le juge de première instance a pris en considération les retards causés par les avocats de Botiuk et a eu raison de conclure que la Cour d'appel en avait égale-

to dismiss the action. In the result, I would restore the trial judge's determination that Botiuk was entitled to prejudgment interest for a period of 12½ years.

IV. Costs

The award of costs made by the trial judge should be upheld. Botiuk successfully met the burden of establishing that the judgment he obtained was more favourable than the terms of the offer to settle submitted by him.

V. Disposition

In the result, the appeals are dismissed with costs. The cross-appeals are allowed with costs. The order of the Court of Appeal is set aside, and the judgment of the trial judge is restored.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. — I agree with the reasons of Justice Cory, but have some observations on the extent of liability for defamatory publications where more than one defendant is involved.

It is not clear how the trial judge concluded that he would treat all the defamatory publications as one libel. It was open to him to consider each act of publication as a separate cause of action. However, the trial judge had a discretion to combine the several closely related publications and to make a single award of damages in relation to those publications (e.g. *Barber v. Pigden*, [1937] 1 K.B. 664, *Hayward v. Thompson*, [1982] 1 Q.B. 47 (C.A.)). The various defamatory publications in these appeals were closely intertwined and no basis has been shown that would warrant interfering with that discretion.

ment tenu compte dans sa décision concernant la requête en rejet de l'action, présentée en 1990. En définitive, je suis d'avis de rétablir la décision du juge de première instance que Botiuk avait droit à des intérêts avant jugement pour une période de 12 ans et demi.

IV. Les dépens

Il y a lieu de confirmer les dépens accordés par le juge de première instance. Botiuk a réussi à établir que le jugement qu'il avait obtenu était plus favorable que les conditions de son offre de règlement.

V. Dispositif

En définitive, les pourvois principaux sont rejetés avec dépens. Les pourvois incidents sont accueillis avec dépens. L'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et le jugement du juge de première instance est rétabli.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR — Tout en souscrivant aux motifs du juge Cory, je tiens à formuler certaines observations sur l'étendue de la responsabilité relative à des publications diffamatoires lorsque plus d'un défendeur est en cause.

On ne sait pas clairement comment le juge de première instance en est arrivé à la décision de considérer toutes les publications diffamatoires comme un seul acte diffamatoire. Il aurait pu considérer chaque publication comme une cause d'action distincte. Cependant, le juge de première instance avait le pouvoir discrétionnaire de réunir les diverses publications étroitement liées, et d'attribuer un seul montant de dommages-intérêts pour celles-ci (voir, par exemple, *Barber c. Pigden*, [1937] 1 K.B. 664, *Hayward c. Thompson*, [1982] 1 Q.B. 47 (C.A.)). Les diverses publications diffamatoires dans les présents pourvois étaient étroitement liées, et on n'a établi l'existence d'aucun motif d'intervenir dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

120

121

122

123

124 The trial judge found that the appellant Maksymec and the appellants I. Bardyn, B. Onyschuk, B. Zarowsky, Q.C., and W. Y. Danyliw, Q.C., were joint tortfeasors. He must have concluded that all the appellants acted in concert with one another and that the defamatory statements were published in furtherance of a common design. In order to hold that all the appellants are joint tortfeasors, it is necessary to find concerted action towards a common end (G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 347-48). It is not evident from the record why the trial judge concluded that all of the appellants had a common intention to defame the respondent Botiuk and consequently were joint tortfeasors.

125 I am not certain from the record that all of the defamatory documents should have been treated as one libel nor that the necessary concerted action was present for a finding of joint and several liability. However, I recognize that the trial judge has an advantage over appellate courts in making findings of fact, particularly in matters of credibility. It would, therefore, be inappropriate absent palpable error to interfere with either the trial judge's findings of fact or the exercise of his discretion.

126 Nevertheless, it is important to note that not all actions in which multiple defendants are sued will result in a finding of joint and several liability. In some cases, it will be more appropriate to consider each defendant's participation separately from that of the others, and to assess liability on an individual basis. In *Westbank Indian Bank v. Tomat* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), the British Columbia Court of Appeal found that liability with respect to each defendant had to be considered separately because the defendants did not act as a formal group, nor did they act pursuant to a civil conspiracy such that the acts of one defendant will be imputed to all the defendants. The degree of each defendant's involvement in the commission of the tort had to be considered and assessed separately.

Le juge de première instance a conclu que l'appelant Maksymec et les appelants I. Bardyn, B. Onyschuk, B. Zarowsky, c.r., et W. Y. Danyliw, c.r., étaient coauteurs d'un délit. Il a dû conclure que tous les appelants avaient agi de concert et que les déclarations diffamatoires avaient été publiées dans le but de réaliser un dessein commun. Pour conclure que tous les appelants sont coauteurs d'un délit, il faut conclure à l'existence d'une action concertée en vue de réaliser un but commun (G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 347 et 348). Le dossier n'indique pas clairement pourquoi le juge de première instance a conclu que tous les appelants avaient l'intention commune de diffamer l'intimé Botiuk et qu'ils étaient donc coauteurs d'un délit.

Je ne suis pas convaincu, à la lecture du dossier, que tous les documents diffamatoires auraient dû être considérés comme un seul acte diffamatoire, ni que l'action concertée requise pour conclure à la responsabilité solidaire existait. Toutefois, je reconnais que le juge de première instance jouit d'un avantage sur les cours d'appel pour tirer des conclusions de fait, particulièrement en matière de crédibilité. Il serait donc inopportun, en l'absence d'une erreur manifeste, de modifier les conclusions de fait du juge de première instance ou d'intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Il importe néanmoins de souligner que ce ne sont pas toutes les actions intentées contre plusieurs défendeurs qui aboutiront à une conclusion de responsabilité solidaire. Il sera parfois plus approprié de considérer la participation de chaque défendeur indépendamment de celle des autres et d'apprécier la responsabilité de chacun individuellement. Dans l'arrêt *Westbank Indian Bank c. Tomat* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la responsabilité de chaque défendeur devait être appréciée séparément parce que les défendeurs n'avaient pas agi à titre de groupe ni conformément à un complot civil, de manière à imputer à tous les défendeurs les actes d'un défendeur donné. Le degré de participation de chaque défendeur dans la perpétration du délit devait être considéré et apprécié séparément.

Depending on the circumstances of a given case, it may be necessary to assess each instance of publication as a separate cause of action. The question of whether the defendants acted jointly or in concert should be considered and where there is the absence of common action the defendants' liability ought to be assessed individually.

Appeals dismissed with costs and cross-appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellants Ihor Bardyn et al.: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the appellants B. I. Maksymec and Maksymec & Associates Ltd.: Weir & Foulds, Toronto.

Solicitors for the respondent: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

127
Suivant les circonstances d'une affaire donnée, il peut être nécessaire de traiter chaque publication comme une cause d'action distincte. Il faut se demander si les défendeurs ont agi conjointement ou de concert, et, en l'absence d'une action commune, la responsabilité des défendeurs doit être appréciée individuellement.

Pourvois principaux rejetés avec dépens et pourvois incidents accueillis avec dépens.

Procureurs des appelants Ihor Bardyn et autres: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs des appelants B. I. Maksymec et Maksymec & Associates Ltd.: Weir & Foulds, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Patrick Pontes *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. PONTES

File No.: 24020.

1995: February 28; 1995: September 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Provincial motor vehicle offence — Absolute or strict liability — Accused charged with driving motor vehicle while prohibited — Whether s. 94(1) of British Columbia Motor Vehicle Act, when read in conjunction with s. 92, creates absolute liability offence which violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Ignorance of the law — Notice.

Criminal law — Provincial motor vehicle offence — Absolute or strict liability — Accused charged with driving motor vehicle while prohibited — Whether combined effect of ss. 94(1) and 92 of British Columbia Motor Vehicle Act creates absolute or strict liability offence.

The accused was charged with driving a motor vehicle at a time when he was prohibited from driving under s. 92 of the British Columbia *Motor Vehicle Act*, contrary to s. 94(1) of that Act. Section 92 provides that a person convicted of an offence under certain sections of the Act, including s. 94(1), is "automatically and without notice" prohibited from driving a motor vehicle for 12 months. Section 94(1) provides that a person who drives a motor vehicle on a highway while he is prohibited from driving under certain sections of the Act, including s. 92, commits an offence and is liable to a

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Patrick Pontes *Intimé*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. PONTES

N° du greffe: 24020.

1995: 28 février; 1995: 21 septembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Infraction provinciale relative à la conduite d'un véhicule à moteur — Responsabilité stricte ou absolue — Personne accusée d'avoir conduit un véhicule à moteur alors qu'il lui était interdit de le faire — L'article 94(1) de la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique, lu conjointement avec l'art. 92, crée-t-il une infraction de responsabilité absolue qui viole l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Ignorance de la loi — Avis.

Droit criminel — Infraction provinciale relative à la conduite d'un véhicule à moteur — Responsabilité stricte ou absolue — Personne accusée d'avoir conduit un véhicule à moteur alors qu'il lui était interdit de le faire — Les articles 94(1) et 92 de la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique ont-ils pour effet conjugué de créer une infraction de responsabilité absolue ou de responsabilité stricte?

L'accusé a été inculpé d'avoir contrevenu au par. 94(1) de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique en conduisant un véhicule à moteur alors qu'il lui était interdit de le faire en vertu de l'art. 92 de cette loi. L'article 92 prévoit qu'une personne reconnue coupable d'une infraction en vertu de certaines dispositions de la Loi, dont le par. 94(1), est «automatiquement et sans préavis» soumise à une interdiction de conduire un véhicule à moteur pendant 12 mois. Le paragraphe 94(1) prévoit qu'une personne qui conduit un véhicule à moteur sur une route, alors qu'il lui est interdit de con-

fine and to imprisonment. The accused was acquitted at trial. The trial judge found that s. 94(1), in combination with s. 92, created an absolute liability offence for which imprisonment was a penalty, thereby contravening s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the reference to s. 92 in s. 94(1) was declared of no force or effect. The summary conviction appeal court and the Court of Appeal upheld the trial judge's decision.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The fundamental aspect of the offence created by ss. 94(1) and 92 of the *Motor Vehicle Act* is that a person convicted of the underlying offence is "automatically and without notice" prohibited from driving a motor vehicle. The words "automatically and without notice" in s. 92 go far towards establishing that this is an absolute liability offence. The removal in 1986 of s. 94(2), which provided that s. 94(1) was an absolute liability offence, does not change the offence into one of strict liability since the situation has not been altered in any significant manner. Furthermore, the defence of due diligence must be available to defend a strict liability offence. When, as a result of the wording of the section, the only possible defence an accused could put forward is his ignorance of the fact that his licence had been suspended by the provisions of the provincial statute, which constitutes a mistake of law and therefore is not available as a defence, an accused is denied the defence of due diligence. Here, because the prohibition on driving in s. 92 is automatic and without notice, s. 94(1) effectively prevents an accused who is unaware of the prohibition from raising that defence. In those circumstances, the offence ought to be characterized as one of absolute liability.

Nevertheless the absolute liability offence created by s. 94(1) and s. 92 does not contravene the *Charter*. This conclusion flows from the application of s. 4.1 and of s. 72(1) of the *British Columbia Offence Act*. These sections respectively indicate that, notwithstanding the pro-

duire en vertu de certaines dispositions de la Loi, dont l'art. 92, commet une infraction et est passible d'une amende et d'un emprisonnement. L'accusé a été acquitté au procès. Le juge du procès a conclu que le par. 94(1), conjugué à l'art. 92, créait une infraction de responsabilité absolue pour laquelle une peine d'emprisonnement était prévue, et que cette infraction violait ainsi l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La mention de l'art. 92, au par. 94(1), a été déclarée inopérante conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires et la Cour d'appel ont confirmé la décision du juge du procès.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Ce qu'il y a de fondamental dans l'infraction créée par le par. 94(1) et l'art. 92 de la *Motor Vehicle Act*, c'est qu'une personne reconnue coupable d'une infraction sous-jacente est «automatiquement et sans préavis» soumise à une interdiction de conduire un véhicule à moteur. Les mots «automatiquement et sans préavis», employés à l'art. 92, donnent beaucoup à entendre qu'il s'agit d'une infraction de responsabilité absolue. La suppression en 1986 du par. 94(2), qui prévoyait que le par. 94(1) créait une infraction de responsabilité absolue, ne fait pas de l'infraction en cause une infraction de responsabilité stricte puisque la situation n'a pas changé de façon significative. De plus, la diligence raisonnable doit pouvoir être invoquée comme moyen de défense relativement à une infraction de responsabilité stricte. Lorsqu'en raison du libellé de l'article le seul moyen de défense qu'un accusé peut invoquer est son ignorance du fait que son permis avait été suspendu en vertu des dispositions de la loi provinciale, ce qui est une erreur de droit et n'est donc pas admissible comme moyen de défense, l'accusé est privé du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. En l'espèce, du fait que l'interdiction de conduire, à l'art. 92, soit applicable automatiquement et sans préavis, le par. 94(1) empêche effectivement un accusé qui n'est pas au courant de l'interdiction d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Dans ces circonstances, l'infraction devrait être qualifiée d'infraction de responsabilité absolue.

Néanmoins, l'infraction de responsabilité absolue créée par le par. 94(1) et l'art. 92 ne contrevient pas à la *Charte*. Cette conclusion découle de l'application de l'art. 4.1 et du par. 72(1) de l'*Offence Act* de la Colombie-Britannique. Ces dispositions indiquent respective-

visions of any other Act, no person is liable to imprisonment for an absolute liability offence, and that the non-payment of a fine will not result in imprisonment. Thus, an accused convicted under ss. 94(1) and 92 faces no risk of imprisonment and there is, accordingly, no violation of the right to life, liberty and security of the person under s. 7 of the *Charter*.

The legislature could convert the offence to one of strict liability by permitting the defence of due diligence to be raised. If there was any concern that those accused of the offence would defend on the basis that they had no knowledge of its effect, a provision requiring that notice be given of its consequences could be added.

In this case an order directing a new trial would ordinarily be the appropriate result. In the present circumstances, however, to direct a new trial would be unfair and unduly harsh to the accused, who has been brought before every level of court at the Crown's instigation. This appeal was lodged solely to determine whether the offence in question was one of absolute or strict liability. That question is now resolved and the appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): The *Motor Vehicle Act* is public welfare or regulatory legislation. The impugned provisions are aimed at keeping bad drivers off the road; they are not prohibitions which are "criminal in the true sense". As a result, this offence is *prima facie* one of strict liability. Further, the legislature has not clearly indicated that the offence created by the combination of ss. 92 and 94(1) is one of absolute liability. The phrase "automatically and without notice" simply highlights that the 12-month statutory prohibition is to take effect immediately and by operation of law without any requirement that notice be given by the Superintendent of Motor Vehicles or received by a driver who is prohibited from driving under the statute. An accused cannot seek solace in the failure to provide notice of the applicable statutory prohibition, since ignorance of the law is never an excuse for breaking the law. As well, the impugned provisions allow for the defences of reasonable mistake of fact and due diligence. Accordingly, the

ment que, nonobstant les dispositions de toute autre loi, personne n'est passible d'emprisonnement pour une infraction de responsabilité absolue, et que le non-paiement d'une amende n'entraînera pas l'emprisonnement. Par conséquent, un accusé déclaré coupable en vertu du par. 94(1) et de l'art. 92 ne court aucun risque d'emprisonnement et, par conséquent, il n'y a aucune violation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

Le législateur pourrait convertir cette infraction en une infraction de responsabilité stricte en permettant d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Dans le cas où on craindrait que les personnes accusées de l'infraction en cause invoquent en défense leur ignorance de son effet, il serait possible d'ajouter une disposition exigeant qu'avis soit donné de ses conséquences.

Dans la présente affaire, il conviendrait normalement d'ordonner un nouveau procès. Toutefois, compte tenu des circonstances, ordonner un nouveau procès serait inéquitable et trop dur pour l'accusé qui a comparu devant chaque palier judiciaire à la demande du ministère public. Le présent pourvoi a été formé dans le seul but de déterminer si l'infraction en question était une infraction de responsabilité absolue ou de responsabilité stricte. Cette question est maintenant résolue et le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): La *Motor Vehicle Act* est une loi touchant le bien-être public ou de nature réglementaire. Les dispositions attaquées visent à retirer des routes les mauvais conducteurs; ce ne sont pas des interdictions «criminelles dans le vrai sens du mot». À première vue, il s'agit donc d'une infraction de responsabilité stricte. De plus, le législateur n'a pas indiqué clairement que l'infraction créée par la combinaison de l'art. 92 et du par. 94(1) est une infraction de responsabilité absolue. L'expression «automatiquement et sans préavis» fait simplement ressortir que l'interdiction légale de 12 mois doit prendre effet immédiatement et par application de la loi sans que le surintendant des véhicules à moteur n'ait à donner un préavis ni que le conducteur visé par l'interdiction légale de conduire n'ait à le recevoir. Un accusé ne peut chercher réconfort dans le fait qu'on ne lui a pas donné avis de l'interdiction légale applicable, parce que l'ignorance de la loi n'excuse jamais une violation de la loi. De même, les dispositions attaquées permettent d'invoquer les moyens de défense fondés sur l'erreur raisonnable de fait et la diligence raisonnable.

prima facie characterization of this public welfare legislation as being of strict liability is confirmed.

A strict liability offence requires the minimal mental element of negligence in order to ground a conviction. Negligence consists in an unreasonable failure to know the facts which constitute the offence, or the failure to be duly diligent to take steps which a reasonable person would take. Since ignorance of the law is not an excuse for breaking the law, due diligence consists in taking steps to fulfil a duty imposed by law and not in the ascertainment of the existence of a statutory prohibition or its interpretation. Exceptionally, where knowledge that conduct is prohibited is itself part of the *mens rea*, the absence of knowledge provides a good defence.

Here, s. 92 creates the 12-month driving prohibition which is effective automatically and without notice upon conviction of one of the underlying offences. The factual element comprising the *actus reus* consists in the driving of a motor vehicle having previously been convicted of one of the underlying offences. Since there is no *mens rea* specified, it must be inferred from the *actus reus* and, because this is a regulatory offence, the *mens rea* consists in negligence in relation to any of the elements of the *actus reus*, but not in relation to the existence of this statutory prohibition or its interpretation, since that would be ignorance or mistake of law. Consequently, a person charged with driving while under a statutory prohibition can avoid conviction if he demonstrates, on the preponderance of the evidence, that he made a reasonable mistake of fact as to the existence of his conviction, or that he exercised due diligence to ascertain whether he had been convicted of one of the underlying offences. Defences are available in relation to all the factual elements of the *actus reus*, and this adequately meets the minimal constitutional requirement of fault for a public welfare or regulatory offence such as driving while under a statutory prohibition. Sections 92 and 94(1) of the *Motor Vehicle Act* are therefore entirely consistent with s. 7 of our *Charter* without any further requirements.

Since the impugned provisions already allow for due diligence in relation to all the factual elements of the *actus reus*, the due diligence called for by the majority, presumably as a principle of fundamental justice under

Ceci confirme que cette loi visant le bien-être public est de responsabilité stricte comme elle paraissait l'être à première vue.

Une infraction de responsabilité stricte exige l'élément moral minimal de la négligence pour justifier une déclaration de culpabilité. La négligence consiste en l'ignorance déraisonnable des faits constitutifs de l'infraction, ou en l'omission de faire preuve de diligence raisonnable en prenant des mesures que prendrait une personne raisonnable. Puisque l'ignorance de la loi n'en excuse pas la violation, la diligence raisonnable consiste à prendre des mesures pour s'acquitter d'une obligation imposée par la loi et non pas à vérifier l'existence d'une interdiction légale ou son interprétation. Exceptionnellement, si la connaissance que la conduite est prohibée fait elle-même partie de la *mens rea*, l'absence de connaissance constitue un moyen de défense valable.

En l'espèce, l'art. 92 prévoit une interdiction de conduire pendant une période de 12 mois, qui prend effet automatiquement et sans préavis sur déclaration de culpabilité relativement à l'une des infractions sous-jacentes. L'élément factuel de l'*actus reus* est la conduite d'un véhicule à moteur alors qu'on a auparavant été déclaré coupable de l'une des infractions sous-jacentes. Puisque la disposition ne prévoit pas de *mens rea*, la *mens rea* doit s'inférer de l'*actus reus*, et puisqu'il s'agit d'une infraction réglementaire, la *mens rea* est la négligence relative à l'un des éléments de l'*actus reus*, mais non relative à l'existence de cette interdiction légale ou à son interprétation, puisqu'il s'agirait alors d'une ignorance de la loi ou d'une erreur de droit. En conséquence, une personne accusée d'avoir conduit alors que la loi lui interdisait de le faire peut éviter d'être déclarée coupable en établissant, selon la prépondérance de la preuve, qu'elle a commis une erreur raisonnable de fait relativement à l'existence de sa déclaration de culpabilité, ou qu'elle a fait preuve de diligence raisonnable pour vérifier si elle avait été déclarée coupable de l'une des infractions sous-jacentes. Les moyens de défense peuvent être invoqués relativement à tous les éléments factuels de l'*actus reus*, et ceci satisfait de façon appropriée à l'exigence minimale de faute, prévue par la Constitution, pour une infraction réglementaire ou visant le bien-être public, comme la conduite d'un véhicule alors que la loi l'interdit. L'article 92 et le par. 94(1) de la *Motor Vehicle Act* sont donc, comme tels, entièrement compatibles avec l'art. 7 de notre *Charte*.

Puisque les dispositions contestées permettent déjà d'invoquer ce moyen de défense relativement à tous les éléments factuels de l'*actus reus*, la diligence raisonnable qui est requise par notre Cour à la majorité, vraisem-

s. 7 of the *Charter*, to cure the alleged constitutional deficiency in the provisions is nothing less than due diligence in relation to the existence of a legislative prohibition pertaining to a regulated activity or its interpretation — that is, a defence of ignorance of the law. Our system of laws, however, has long held as axiomatic that ignorance of the law is not an excuse for breaking the law. This cornerstone of our law remains secure even after the passage of the *Charter*, and there is no conflict between it and the principles of fundamental justice. To expand the defence of due diligence to comprehend a defence of ignorance of the law undercuts the mistake of law rule and will render many of our laws unenforceable; as a corollary, this Court's decision in *Molis* appears to be impliedly overturned without any explanation. Furthermore, the impugned prohibition is a regulatory offence incident to a licensed activity. A regulated actor is deemed to have voluntarily accepted the terms and conditions attaching to the privilege of participating in a regulated activity. As a result, he cannot be described as morally innocent when he commits a regulatory offence. Finally, a legislature may choose, as a matter of policy, to provide a defence of ignorance of the law in relation to some, all or none of the statutory conditions of engaging in a regulated activity. Such a policy decision remains a matter over which the relevant representative body is entirely sovereign.

The provision of some form of notice of the law would convert the offence into one of full *mens rea*, since the accused would then be driving with actual subjective knowledge that he was prohibited under provincial legislation. Rather than an offence of full *mens rea*, the province chose a solution appropriately tailored to the regulatory context: an offence of strict liability. That solution adequately meets the exigencies of our *Charter* and is therefore a valid policy choice of full force and effect without any further requirement of notice.

Cases Cited

By Cory J.

Overruled in part: *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605; *R. v. Prue*; *R. v. Baril*, [1979] 2 S.C.R. 547; **applied:** *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R.

blement à titre de principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, pour remédier au prétendu vice constitutionnel des dispositions, n'est rien de moins qu'une diligence raisonnable quant à l'existence d'une interdiction légale relative à une activité réglementée, ou à son interprétation — c'est-à-dire un moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi. Cependant, notre régime juridique tient depuis longtemps pour acquis que l'ignorance de la loi n'en excuse pas la violation. Cette pierre angulaire de notre droit demeure bien assise même depuis l'adoption de la *Charte*, et il n'existe aucun conflit entre elle et les principes de justice fondamentale. Élargir le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable de manière à englober un moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi va à l'encontre de la règle en matière d'erreur de droit et rendra inapplicables un bon nombre de nos lois; du même coup, la décision de notre Cour dans l'arrêt *Molis* paraît être implicitement écartée sans aucune explication. En outre, l'interdiction contestée est une infraction réglementaire accessoire à une activité autorisée en vertu d'un permis. Une personne assujettie à la réglementation est réputée avoir volontairement accepté les conditions se rattachant au privilège de participer à une activité réglementée. C'est pourquoi on ne peut la qualifier de moralement innocente lorsqu'elle commet une infraction réglementaire. Enfin, le législateur peut décider, à titre de politique générale, d'introduire l'ignorance de la loi comme moyen de défense relativement à certaines ou à la totalité des conditions légales de l'exercice d'une activité réglementée, ou encore de ne l'introduire dans aucun cas. Une telle décision de principe relève de la seule compétence de l'organisme représentatif pertinent.

Le fait que la loi prescrive une forme quelconque d'avis convertirait l'infraction en une infraction exigeant la *mens rea* proprement dite, puisque l'accusé se trouverait alors à conduire en sachant subjectivement qu'il lui est interdit de le faire sous le régime d'une loi provinciale. Plutôt que de créer une infraction exigeant la *mens rea* proprement dite, la province a préféré une solution adaptée comme il se doit au contexte réglementaire: une infraction de responsabilité stricte. Cette solution répond suffisamment aux exigences de notre *Charte* et constitue donc un choix de principe valide qui a plein effet sans autre exigence quant à un avis.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts renversés en partie: *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605; *R. c. Prue*; *R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547; **arrêt appliqué:** *R. c. Ville de Sault Ste-*

1299; referred to: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356.

By Gonthier J. (dissenting)

R. v. City of Sault Ste. Marie, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605; *R. v. Prue*; *R. v. Baril*, [1979] 2 S.C.R. 547; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356; *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941; *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339; *R. v. Heywood* (1992), 77 C.C.C. (3d) 502; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitution Act, 1982, s. 52.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 220, 221, 236, 249(1)(a) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36; repl. 1994, c. 44, s. 11], 253 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36; rep. & sub. c. 32 (4th Supp.), s. 59], 254(5) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36], 255 [*idem*; am. c. 1 (4th Supp.), s. 18 (Sch. I, item 7)], 259(4) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36; am. c. 32 (4th Supp.), s. 62].

Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, ss. 105 [repl. 1993, c. 42, s. 1], 106.1 [*idem*, s. 3], 550.1 [ad. *idem*, s. 28].

Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, ss. 52, 53.

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, ss. 86(1) [rep. & sub. 1982, c. 36, s. 18; am. 1985, c. 77, s. 3], 88 [rep. & sub. 1982, c. 36, s. 19; am. 1985, c. 52, s. 56; am. 1987, c. 46, s. 6], 92 [rep. & sub. 1982, c. 36, s. 19; am. 1982, c. 73, s. 1; am. 1984, c. 30, ss. 52 and 53; am. 1985, c. 52, s. 60; am. 1985, c. 77, s. 4; am. 1986, c. 19, s. 4]; 94(1) [rep. & sub. 1982, c. 36, s. 19; am. 1984, c. 30, s. 57], (2) [rep. & sub. 1982, c. 36, s. 19; rep. 1986, c. 19, s. 5], 220.1(1) [en. 1982, c. 73, s. 2], 220.3(1) [*idem*].

Motor Vehicle Amendments Act, 1986, S.B.C. 1986, c. 19, s. 5.

Offence Act, R.S.B.C. 1979, c. 305, ss. 4.1 [en. 1990, c. 34, s. 10], 72(1) [am. 1989, c. 38, s. 32].

Marie, [1978] 2 R.C.S. 1299; arrêts mentionnés: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

R. c. Ville de Sault Ste-Marie, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605; *R. c. Prue*; *R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356; *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941; *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339; *R. c. Heywood* (1992), 77 C.C.C. (3d) 502; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 220, 221, 236, 249(1)a) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36; rempl. 1994, ch. 44, art. 11], 253 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36; abr. & rempl. ch. 32 (4^e suppl.), art. 59], 254(5) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], 255 [*idem*; mod. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 7)], 259(4) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36; mod. ch. 32 (4^e suppl.), art. 62].

Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 52, 53.

Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 105 [repl. 1993, ch. 42, art. 1], 106.1 [*idem*, art. 3], 550.1 [aj. *idem*, art. 28].

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288, art. 86(1) [abr. & rempl. 1982, ch. 36, art. 18; mod. 1985, ch. 77, art. 3], 88 [abr. & rempl. 1982, ch. 36, art. 19; mod. 1985, ch. 52, art. 56; mod. 1987, ch. 46, art. 6], 92 [abr. & rempl. 1982, ch. 36, art. 19; mod. 1982, ch. 73, art. 1; mod. 1984, ch. 30, art. 52 et 53; mod. 1985, ch. 52, art. 60; mod. 1985, ch. 77, art. 4; mod. 1986, ch. 19, art. 4]; 94(1) [abr. & rempl. 1982, ch. 36, art. 19; mod. 1984, ch. 30, art. 57], (2) [abr. & rempl. 1982, ch. 36, art. 19; abr. 1986, ch. 19, art. 5], 220.1(1) [ad. 1982, ch. 73, art. 2], 220.3(1) [*idem*].

Motor Vehicle Amendments Act, 1986, S.B.C. 1986, ch. 19, art. 5.

Offence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 305, art. 4.1 [ad. 1990, ch. 34, art. 10], 72(1) [mod. 1989, ch. 38, art. 32].

Authors Cited

- LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1986.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Ruby, Clayton. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Webb, Kernaghan R. "Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 419.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 271, 1 M.V.R. (3d) 87, 19 C.R.R. (2d) 281, 40 B.C.A.C. 73, 65 W.A.C. 73, affirming a judgment of Hood J. (1992), 37 M.V.R. (2d) 162, dismissing the Crown's appeal from a judgment of Cronin Prov. Ct. J. rendered June 14, 1991, acquitting the accused on a charge of driving a motor vehicle while prohibited. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

George H. Copley, for the appellant.

Terrence L. Robertson, Q.C., and *Andrea M. Finch*, for the respondent.

Bernard Laprade, for the intervener.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

¹ CORY J. — The sole issue to be resolved on this appeal is whether the combined effect of ss. 94(1) and 92 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, creates an offence of absolute liability or strict liability.

Doctrine citée

- LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1986.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Ruby, Clayton. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Webb, Kernaghan R. «Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead» (1989), 21 *R.D. Ottawa* 419.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 271, 1 M.V.R. (3d) 87, 19 C.R.R. (2d) 281, 40 B.C.A.C. 73, 65 W.A.C. 73, qui a confirmé un jugement du juge Hood (1992), 37 M.V.R. (2d) 162, qui avait rejeté l'appel interjeté par le ministère public contre un jugement du juge Cronin de la Cour provinciale, rendu le 14 juin 1991, qui avait acquitté l'accusé relativement à une accusation d'avoir conduit un véhicule à moteur alors qu'il lui était interdit de le faire. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

George H. Copley, pour l'appelante.

Terrence L. Robertson, c.r., et *Andrea M. Finch*, pour l'intimé.

Bernard Laprade, pour l'intervenant.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE CORY — La seule question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si le par. 94(1) et l'art. 92 de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, ont pour effet conjugué de créer une infraction de responsabilité absolue ou de responsabilité stricte.

Factual Background

The respondent was charged with driving a motor vehicle in the city of Vancouver on August 3, 1990, at a time when he was prohibited from driving pursuant to s. 92 of the *Motor Vehicle Act*.

Relevant Statutory Provisions

Section 92 of the *Motor Vehicle Act* provides in part:

92. (1) For the purpose of this section, "convicted" includes the granting of an absolute or conditional discharge.

(2) A person who is convicted of

- (a) an offence under section 88, 94, 220.1(1) or 220.3(1), or
- (b) a motor vehicle related *Criminal Code* offence

is automatically and without notice prohibited from driving a motor vehicle for 12 months from the date of sentencing, the date that the passing of sentence is suspended, the date of being granted an absolute or conditional discharge. . . .

Prior to December 1985, s. 92 contained a third subsection which provided:

(3) Subsection (2) does not apply where neither the defendant nor his agent or counsel appear before the court at the time of conviction.

Section 94 of the *Motor Vehicle Act* provides in part:

94. (1) A person who drives a motor vehicle on a highway or industrial road while

- (a) he is prohibited from driving a motor vehicle under section 90, 91, 92 or 92.1 of this Act . . . or
- (b) his driver's licence or his right to apply for or obtain a driver's licence is suspended under section 82 or 92 as it was before its repeal and replacement came into force . . .

commits an offence and is liable,

Les faits

L'intimé a été accusé d'avoir conduit un véhicule à moteur à Vancouver, le 3 août 1990, alors qu'il lui était interdit de le faire en vertu de l'art. 92 de la *Motor Vehicle Act*.

Dispositions législatives pertinentes

L'article 92 de la *Motor Vehicle Act* se lit en partie ainsi:

[TRADUCTION] 92. (1) Aux fins du présent article, «déclaré coupable» comprend la libération inconditionnelle ou la libération sous condition.

(2) Quiconque est déclaré coupable

- a) d'une infraction en vertu des articles 88, 94, 220.1(1) ou 220.3(1), ou
- b) d'une infraction prévue au *Code criminel* relativement à un véhicule à moteur

est automatiquement et sans préavis soumis à une interdiction de conduire un véhicule à moteur pendant 12 mois à compter de la date du prononcé de la sentence, de la date de suspension de la sentence, de la date à laquelle une libération inconditionnelle ou sous condition est accordée. . . .

Avant décembre 1985, l'art. 92 comportait le troisième paragraphe suivant:

[TRADUCTION] (3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas lorsque ni le défendeur ni son représentant ou son avocat ne comparaissent en cour au moment de la déclaration de culpabilité.

L'article 94 de la *Motor Vehicle Act* se lit en partie ainsi:

[TRADUCTION] 94. (1) Quiconque conduit un véhicule à moteur sur une route ou sur un chemin industriel

- a) alors qu'il lui est interdit de conduire un véhicule à moteur en vertu des articles 90, 91, 92 ou 92.1 de la présente loi [. . .], ou
- b) alors que son permis de conduire ou son droit de demander ou d'obtenir un permis de conduire est suspendu en vertu de l'article 82 ou de l'article 92 avant son abrogation et son remplacement . . .

commet une infraction et est passible,

2

3

4

5

(c) on a first conviction, to a fine of not less than \$300 and not more than \$2 000 and to imprisonment for not less than 7 days and not more than 6 months, and

(d) on a subsequent conviction, regardless of when the contravention occurred, to a fine of not less than \$300 and not more than \$2 000 and to imprisonment for not less than 14 days and not more than one year.

⁶ Prior to 1987, s. 94 contained the following subsection:

(2) Subsection (1) creates an absolute liability offence in which guilt is established by proof of driving, whether or not the defendant knew of the prohibition or suspension.

⁷ Section 4.1 of the *Offence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 305 (amended in 1990) provides:

4.1 Notwithstanding section 4 or the provisions of any other Act, no person is liable to imprisonment with respect to an absolute liability offence.

⁸ Further, s. 72(1) of the *Offence Act* provides that the failure to pay a fine will not result in a jail term:

72. (1) Subject to subsection (6), but notwithstanding any other provision of this Act, any other Act, regulation, municipal bylaw or order made by a justice, no justice shall, except under the *Small Claims Act*, order that a person be imprisoned by reason only that he defaults in paying a fine.

⁹ It should be noted that neither the provisions of s. 4.1 of the *Offence Act* nor the absence of any jail term for the non-payment of fines was argued in the courts below. Obviously, if the offence is one of absolute liability, but there is no risk of imprisonment, then the provision will not offend s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Similarly, if the statutory provisions are found to create a strict liability offence, then by definition a defence of due diligence must be available to the accused and there will be no infraction of s. 7 of the *Charter*. The sole difference will be that if the offence is found to be one of strict liability, the

c) pour la première condamnation, d'une amende de 300 \$ à 2 000 \$ et d'un emprisonnement de 7 jours à 6 mois, et

d) pour une condamnation subséquente peu importe quand l'infraction a eu lieu, d'une amende de 300 \$ à 2 000 \$ et d'un emprisonnement de 14 jours à un an.

Avant 1987, l'art. 94 comprenait le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] (2) Le paragraphe (1) crée une infraction de responsabilité absolue pour laquelle il y a culpabilité sur preuve que la personne accusée a conduit un véhicule, qu'elle ait connu ou non l'existence de l'interdiction ou de la suspension.

L'article 4.1 de l'*Offence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 305 (modifié en 1990) se lit ainsi:

[TRADUCTION] 4.1 Nonobstant l'article 4 ou les dispositions de toute autre loi, personne n'est passible d'emprisonnement pour une infraction de responsabilité absolue.

En outre, le par. 72(1) de l'*Offence Act* prévoit que le défaut d'acquitter une amende n'entraîne pas une sentence d'emprisonnement:

[TRADUCTION] 72. (1) Sous réserve du paragraphe (6), mais nonobstant toute autre disposition de la présente loi, toute autre loi, règlement, règlement municipal ou ordonnance judiciaire, un juge ne doit pas, sauf en vertu de la *Small Claims Act*, ordonner l'emprisonnement d'une personne pour le seul motif qu'elle est en défaut de payer une amende.

Il y a lieu de remarquer que ni les dispositions de l'art. 4.1 de l'*Offence Act* ni l'absence de peine d'emprisonnement pour non-paiement d'amendes n'ont été débattues devant les tribunaux d'instance inférieure. Il est évident que si l'infraction est une infraction de responsabilité absolue, mais qu'il n'y a aucun risque d'emprisonnement, la disposition ne viole pas alors l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De même, si on conclut que les dispositions législatives créent une infraction de responsabilité stricte, alors, par définition, l'accusé doit pouvoir invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense, et il n'y aura pas de

possible sanction of a term of imprisonment may be retained.

Courts Below

Provincial Court

Cronin Prov. Ct. J. found that s. 94 of the *Motor Vehicle Act*, in combination with s. 92, created an absolute liability offence for which imprisonment was a penalty, with the result that the offence violated s. 7 of the *Charter*. He concluded that a person who was unaware of the fact that he had been prohibited from driving pursuant to s. 92 of the *Motor Vehicle Act* could still drive his motor vehicle, honestly believing that he was entitled to do so, yet if he was charged under s. 94 he would have no defence available to him. This, he held, would follow from the decision in *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605, which held that ignorance of the fact that one's licence had been revoked or suspended was ignorance of the law and therefore did not constitute a defence.

Cronin Prov. Ct. J. found that the situation presented to him was the same as that which faced the Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. He declared that the reference to s. 92 in s. 94 of the *Motor Vehicle Act* should be declared inoperative pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In light of his finding that the legislation was invalid, he found the accused not guilty.

Summary Conviction Appeal Court

In careful and extensive reasons, Hood J. upheld the decision of the trial judge: (1992), 37 M.V.R. (2d) 162. It was his opinion that in order to constitute a strict liability offence that conformed with s. 7 of the *Charter*, s. 94 of the *Motor Vehicle Act* had to provide for a minimum fault requirement of

violation de l'art. 7 de la *Charte*. La seule différence résidera dans le fait que si l'on conclut que l'infraction est une infraction de responsabilité stricte, la possibilité d'imposer une peine d'emprisonnement pourra être retenue.

Les tribunaux d'instance inférieure

La Cour provinciale

Le juge Cronin de la Cour provinciale a statué que l'art. 94 de la *Motor Vehicle Act*, conjugué à l'art. 92, créait une infraction de responsabilité absolue pour laquelle une peine d'emprisonnement était prévue, et que cette infraction violait donc l'art. 7 de la *Charte*. Il a conclu qu'une personne qui ignorerait qu'il lui est interdit de conduire en vertu de l'art. 92 de la *Motor Vehicle Act* pourrait continuer de conduire son véhicule à moteur, en croyant sincèrement qu'elle en a le droit, encore que si elle était accusée en vertu de l'art. 94, elle ne disposerait d'aucun moyen de défense. Il en serait ainsi, a-t-il affirmé, en raison de l'arrêt *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605, où il a été statué que l'ignorance, par une personne, du fait que son permis de conduire a été révoqué ou suspendu revient à ignorer la loi et ne constitue donc pas un moyen de défense.

Le juge Cronin a conclu que la situation dont il était saisi était la même que celle soumise à la Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Il a affirmé que la mention de l'art. 92, à l'art. 94 de la *Motor Vehicle Act*, devrait être déclarée inopérante conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Compte tenu de sa conclusion à l'invalidité des dispositions en cause, il a déclaré l'accusé non coupable.

La cour d'appel en matière de poursuites sommaires

Dans des motifs approfondis, le juge Hood a confirmé la décision du juge du procès: (1992), 37 M.V.R. (2d) 162. Il s'est dit d'avis que pour créer une infraction de responsabilité stricte qui soit conforme à l'art. 7 de la *Charte*, l'art. 94 de la *Motor Vehicle Act* devait prévoir à tout le moins une faute

10

11

12

negligence. This required that the defence of due diligence or reasonable care be available to an accused. In his view, the question to be resolved in the case was whether the combination of ss. 94 and 92 of the *Motor Vehicle Act*, in reality, left this defence open to an accused.

13

It was his opinion that the decision in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, did not go so far as to require an accused to know that he had been prohibited from driving. On this point he wrote (at pp. 177-78):

While the essential ingredients of subjective mens rea, i.e., intent or knowledge of the wrongfulness of the act on the part of the accused (a positive state of mind) are not required, in my opinion knowledge of the essentials of the actus reus are required where the minimum fault requirement is negligence; for it seems to me that like intention, negligence presupposes knowledge of the circumstances making up the actus reus. If the accused does not have knowledge of a particular event, it is difficult to see how he can carry out any duty imposed by that event. I find it difficult to see how it can be said that the defence of due diligence was open to the accused when he did not know of the fact that he was prohibited from driving, and therefore was unaware of the duty imposed on him by that prohibition. No care on his part could save him from conviction and imprisonment. Not knowing of the duty imposed on him by the law, he would not have done anything factually in discharge of that duty which could be later scrutinized on the issue of due diligence.

14

Hood J. emphasized that these words did not mean that ignorance of the law was a defence. He stated that the situation was quite different in the case at bar “which concerns knowledge of an essential element of the actus reus and involves some voluntariness or awareness on the part of the accused” (p. 178). It was his opinion that it did not matter if the lack of knowledge of the essential element also constituted ignorance of the law. He found that “[i]t is the lack of knowledge of the essential element of the actus reus which prevents the defence of due diligence from being available. This is not to say that ignorance of the law is a

de négligence. Il fallait donc que l'accusé puisse invoquer comme moyen de défense la diligence raisonnable ou la prudence raisonnable. Selon lui, il s'agissait, en l'espèce, de déterminer si la conjonction des art. 94 et 92 de la *Motor Vehicle Act* permettait, en fait, à l'accusé de présenter ce moyen de défense.

Il était d'avis que l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, n'allait pas jusqu'à exiger qu'un accusé sache qu'il lui avait été interdit de conduire. Sur ce point, il écrit (aux pp. 177 et 178):

[TRADUCTION] Bien que les éléments essentiels de la mens rea subjective, c.-à-d. l'intention de l'accusé d'accomplir l'acte, ou la connaissance par l'accusé du caractère répréhensible de l'acte (un état d'esprit positif), ne soient pas requis, j'estime que la connaissance des éléments essentiels de l'actus reus est requise lorsque l'exigence minimale en matière de faute est la négligence, car, il me semble qu'à l'instar de l'intention la négligence présuppose la connaissance des circonstances qui constituent l'actus reus. Si l'accusé n'a pas connaissance d'un fait particulier, il est difficile de voir comment il peut s'acquitter des devoirs qui découlent de ce fait. Je comprends mal comment on peut affirmer que l'accusé pouvait invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense s'il ne savait pas qu'il lui était interdit de conduire et, par conséquent, quelle obligation il lui incombait en vertu de cette interdiction. Aucune diligence de sa part ne pouvait le soustraire à la déclaration de culpabilité et à l'emprisonnement. N'étant pas au courant de l'obligation que lui imposait la loi, il n'aurait rien fait pour s'acquitter effectivement de cette obligation, qui ne puisse ultérieurement être examiné au regard de la question de la diligence raisonnable.

Le juge Hood a souligné qu'il ne voulait pas dire par là que l'ignorance de la loi était un moyen de défense. Il a affirmé que la situation était fort différente dans la présente affaire [TRADUCTION] «qui concerne la connaissance d'un élément essentiel de l'actus reus et implique une certaine volonté ou connaissance de la part de l'accusé» (p. 178). Selon lui, il était sans importance que l'ignorance de l'élément essentiel soit aussi une ignorance de la loi. Il a jugé que [TRADUCTION] «[c]'est l'ignorance de l'élément essentiel de l'actus reus qui empêche d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Cela ne veut pas dire

defence" (p. 178). On this question, he concluded that, in the alternative, if there was a conflict between the principle that ignorance of the law is no defence and the requirements of s. 7 of the *Charter*, then the *Charter* must prevail.

Hood J. distinguished the decision in *MacDougall*, *supra*, on the basis that in *MacDougall* the accused had general knowledge of the provisions of the Nova Scotia *Motor Vehicle Act* and therefore of the duties imposed upon him. Further, he observed that it did not appear that the defence raised in the case at bar, namely that because of the nature of the prohibition under s. 92, an accused charged under s. 94 simply would not have available to him a defence of due diligence, was argued in *MacDougall*.

Hood J. held that s. 94 of the Act, when read in combination with s. 92, created an absolute liability offence. He reached this conclusion by applying both the traditional approach to the classification of offences set out in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, and as well the constitutional approach outlined by this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*.

With regard to the traditional approach, he found that there had been no significant change in s. 94 with the invalidation of s. 94(2) following the *Re B.C. Motor Vehicle Act* decision. He observed that as things presently stood, an accused could still be convicted under that section whether or not he knew that he had been prohibited from driving. He found that the combined effect of ss. 92 and 94 was "to remove from the accused any opportunity to prove that his action in driving his motor vehicle while prohibited from doing so was due to an honest and reasonable mistake of fact, or that he acted without guilty intent" (p. 187). He concluded that the offence still remained one of absolute liability.

que l'ignorance de la loi peut être invoquée comme moyen de défense» (p. 178). Sur ce point, il a conclu que, subsidiairement, s'il y avait conflit entre le principe selon lequel l'ignorance de la loi ne saurait être invoquée comme moyen de défense et les exigences de l'art. 7 de la *Charte*, la *Charte* devrait l'emporter.

Le juge Hood a fait une distinction d'avec l'affaire *MacDougall*, précitée, où l'accusé avait une connaissance générale des dispositions de la *Motor Vehicle Act* de la Nouvelle-Écosse et, par conséquent, des obligations qui lui incombaient. En outre, il a fait remarquer qu'il ne semblait pas qu'on avait invoqué, dans l'affaire *MacDougall*, le moyen de défense invoqué en l'espèce, selon lequel, en raison de la nature de l'interdiction fondée sur l'art. 92, un accusé inculpé en vertu de l'art. 94 ne pourrait tout simplement pas invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense.

Le juge Hood a conclu que l'art. 94 de la Loi, lorsqu'il était interprété conjointement avec l'art. 92, créait une infraction de responsabilité absolue. Il est arrivé à cette conclusion après avoir appliqué tant la méthode traditionnelle de classification des infractions établie dans l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, que la méthode fondée sur l'interprétation de la Constitution utilisée par notre Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité.

Appliquant la méthode traditionnelle, il a conclu qu'aucune modification significative de l'art. 94 n'avait résulté de l'invalidation du par. 94(2) à la suite de l'arrêt rendu dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* Il a fait observer que, dans l'état actuel des choses, un accusé pouvait toujours être déclaré coupable en vertu de cet article, peu importe qu'il ait su ou non qu'il lui avait été interdit de conduire. Il a conclu que les art. 92 et 94 avaient pour effet conjugué [TRADUCTION] «d'enlever à l'accusé toute possibilité de prouver que le fait qu'il ait conduit son véhicule à moteur, alors qu'il lui était interdit de le faire, était imputable à une erreur de fait honnête et raisonnable, ou qu'il avait agi sans intention coupable» (p. 187). Il a conclu que l'infraction demeurait une infraction de responsabilité absolue.

15

16

17

18

Applying the constitutional approach, he also concluded that the combination of ss. 94 and 92 offended the principles of fundamental justice and thus contravened s. 7 of the *Charter*. As a result of the enactment making the driving prohibition automatic and without notice, the legislation effectively withdrew from the accused any possible defence of due diligence. This defence of due diligence was required in order to make negligence offences comply with the requirements of s. 7. On this aspect he wrote (at p. 190):

In order for s. 94 to withstand *Charter* scrutiny it must require as an essential element a minimum mens rea or fault requirement of negligence and leave open or available to an accused at the least the defence of due diligence. It would then conform to s. 7 of the *Charter* and the principle of fundamental justice. It does not do so.

...

[B]y making the prohibition automatic and without notice, the legislature effectively withdrew from the unknowing accused all possible defences of due diligence. As I have already said, an accused having no knowledge of the prohibition would have no knowledge of the duty imposed upon him. No care on his part could save him. He would never be in a position to show that he took all reasonable care to avoid breaching the statute. Generally, the situation is this. The accused has knowledge of the essential elements of the *actus reus*, the prohibited act, but does not know that it is illegal; for example, driving a motor vehicle in a certain manner or manufacturing certain chemicals. He bona fide believes that what he is doing is legal. He is mistaken. This is what is meant by ignorance of the law or mistake of law. It is no defence.

But here the situation is different. I am reasonably confident that the accused would know the law, i.e., that it is illegal for a person to drive his motor vehicle when he is prohibited from doing so. What he is ignorant of, or mistaken about, is the very fact that he has been prohibited from driving. His ignorance goes to an essential element of the *actus reus*; which must be a conscious or voluntary act on the part of the accused. Where the *actus reus* is the offence, and negligence must be the minimum fault, the defence of due diligence cannot be said

Appliquant la méthode fondée sur l'interprétation de la Constitution, il a aussi conclu que la conjugaison des art. 94 et 92 contreviait aux principes de justice fondamentale et, donc, à l'art. 7 de la *Charte*. En rendant l'interdiction de conduire applicable automatiquement et sans préavis, la Loi enlève effectivement à l'accusé toute possibilité d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. La possibilité d'invoquer ce moyen de défense est nécessaire pour que les dispositions qui prévoient les infractions de négligence respectent les exigences de l'art. 7. Sur ce point, il écrit (à la p. 190):

[TRADUCTION] Pour que l'art. 94 puisse résister à l'examen fondé sur la *Charte*, il est essentiel qu'il exige au moins une mens rea ou une faute de négligence, et qu'il laisse à l'accusé au moins la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Il serait alors conforme à l'art. 7 de la *Charte* et aux principes de justice fondamentale. Ce n'est pas le cas.

...

[E]n rendant l'interdiction applicable automatiquement et sans préavis, le législateur a, en fait, retiré à l'accusé, laissé dans l'ignorance, toute possibilité d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Comme je l'ai dit déjà, un accusé qui n'est pas au courant de l'interdiction ne serait pas au courant non plus de l'obligation qui lui est imposée. Aucune précaution de sa part ne peut lui être de quelque secours. Il ne serait jamais en mesure de montrer qu'il a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter d'enfreindre la loi. De façon générale, la situation est la suivante. L'accusé sait quels sont les éléments essentiels de l'*actus reus*, c'est-à-dire l'acte prohibé, mais ne sait pas que cet acte est illégal; par exemple, conduire un véhicule à moteur d'une certaine façon ou fabriquer certains produits chimiques. Il croit de bonne foi que ce qu'il fait est légal. Il a tort. C'est ce que l'on entend par ignorance de la loi ou erreur de droit. Ce n'est pas un moyen de défense.

Mais la situation en l'espèce est différente. Je suis assez sûr que l'accusé sait que, en droit, il est illégal pour une personne de conduire son véhicule à moteur lorsqu'il lui est interdit de le faire. Ce qu'il ignore, ou ce sur quoi il fait erreur, est le fait même qu'il lui est interdit de conduire. Son ignorance porte sur un élément essentiel de l'*actus reus*, qui doit être un acte conscient ou volontaire de la part de l'accusé. Lorsque l'*actus reus* est l'infraction, et qu'il doit y avoir au moins négligence, on ne saurait affirmer que la diligence raisonnable

to be open to the accused who has no knowledge of an essential element of the actus reus. This is so, in my opinion, even if it can be said that the lack of knowledge of the essential element of the actus reus at the same time constitutes ignorance of the law.

Court of Appeal

The Court of Appeal adopted the reasons of Hood J. and dismissed the appeal: (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 271, 1 M.V.R. (3d) 87, 19 C.R.R. (2d) 281, 40 B.C.A.C. 73, 65 W.A.C. 73.

Analysis

Categories of Offences

It may be helpful to undertake a very brief review of the reasons of Dickson J. (as he then was) in *Sault Ste. Marie, supra*. In that case, he noted that there were three categories of offences. First, he referred to the traditional criminal law offence, which required proof of either an intent to commit the prohibited act or a reckless disregard for the consequences of committing that act. Second, at the opposite end of the scale was the absolute liability offence which did not permit of any explanation by the accused; the performance of the act alone was sufficient to establish culpability. Third, between these two categories was the offence of strict liability. In that category of offence, the accused could escape liability by demonstrating that he had exercised due diligence by taking all reasonable steps to avoid the commission of the prohibited act, or that he reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render the act or omission innocent.

Dickson J. described the offences in this manner (at pp. 1325-26):

1. Offences in which *mens rea*, consisting of some positive state of mind such as intent, knowledge, or recklessness, must be proved by the prosecution either as an inference from the nature of the act committed, or by additional evidence.

ble peut être invoquée comme moyen de défense par l'accusé qui ne connaît pas un élément essentiel de l'actus reus. Il en est ainsi, à mon avis, même lorsqu'on peut dire que l'ignorance de cet élément essentiel de l'actus reus constitue en même temps une ignorance de la loi.

La Cour d'appel

La Cour d'appel a adopté les motifs du juge Hood et a rejeté l'appel: (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 271, 1 M.V.R. (3d) 87, 19 C.R.R. (2d) 281, 40 B.C.A.C. 73, 65 W.A.C. 73.

Analyse

Les catégories d'infractions

Il peut être utile de faire un très bref examen des motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, où il fait remarquer qu'il y a trois catégories d'infractions. Premièrement, il renvoie à l'infraction criminelle traditionnelle, qui nécessite la preuve soit de l'intention d'accomplir l'acte prohibé, soit de l'insouciance téméraire pour les conséquences que cet acte peut entraîner. Deuxièmement, tout à l'opposé, l'infraction de responsabilité absolue qui ne permet aucune explication de la part de l'accusé; l'accomplissement de l'acte suffit à lui seul pour établir la culpabilité. Troisièmement, entre ces deux catégories, se situe l'infraction de responsabilité stricte. Dans cette catégorie d'infractions, l'accusé peut échapper à toute responsabilité en démontrant qu'il a fait preuve de diligence raisonnable en prenant toutes les mesures raisonnables pour éviter d'accomplir l'acte prohibé, ou qu'il croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent.

Le juge Dickson décrit ainsi les infractions, aux pp. 1325 et 1326:

1. Les infractions dans lesquelles la *mens rea*, qui consiste en l'existence réelle d'un état d'esprit, comme l'intention, la connaissance, l'insouciance, doit être prouvée par la poursuite soit qu'on puisse conclure à son existence vu la nature de l'acte commis, soit par preuve spécifique.

19

20

21

2. Offences in which there is no necessity for the prosecution to prove the existence of *mens rea*; the doing of the prohibited act *prima facie* imports the offence, leaving it open to the accused to avoid liability by proving that he took all reasonable care. This involves consideration of what a reasonable man would have done in the circumstances. The defence will be available if the accused reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render the act or omission innocent, or if he took all reasonable steps to avoid the particular event. These offences may properly be called offences of strict liability. . . .
3. Offences of absolute liability where it is not open to the accused to exculpate himself by showing that he was free of fault. [Emphasis added.]

22

He then went on to indicate how a distinction could be made between offences of strict liability and absolute liability and described the manner in which the various offences could be categorized (at p. 1326):

Offences which are criminal in the true sense fall in the first category. Public welfare offences would *prima facie* be in the second category. They are not subject to the presumption of full *mens rea*. An offence of this type would fall in the first category only if such words as “wilfully”, “with intent”, “knowingly”, or “intentionally” are contained in the statutory provision creating the offence. On the other hand, the principle that punishment should in general not be inflicted on those without fault applies. Offences of absolute liability would be those in respect of which the Legislature had made it clear that guilt would follow proof merely of the proscribed act. The overall regulatory pattern adopted by the Legislature, the subject matter of the legislation, the importance of the penalty, and the precision of the language used will be primary considerations in determining whether the offence falls into the third category.

23

Subsequent to this decision, the question arose as to what minimal intent should be required in light of the passage of s. 7 of the *Charter*. That section provides:

2. Les infractions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que la poursuite prouve l'existence de la *mens rea*; l'accomplissement de l'acte comporte une présomption d'infraction, laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. Ceci comporte l'examen de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent, ou si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question. Ces infractions peuvent être à juste titre appelées des infractions de responsabilité stricte. . . .
3. Les infractions de responsabilité absolue où il n'est pas loisible à l'accusé de se disculper en démontrant qu'il n'a commis aucune faute. [Je souligne.]

Il indique ensuite, à la p. 1326, comment il est possible de distinguer les infractions de responsabilité stricte d'avec celles de responsabilité absolue, et il décrit la façon dont les infractions peuvent être classées par catégories:

Les infractions criminelles dans le vrai sens du mot tombent dans la première catégorie. Les infractions contre le bien-être public appartiennent généralement à la deuxième catégorie. Elles ne sont pas assujetties à la présomption de *mens rea* proprement dite. Une infraction de ce genre tombera dans la première catégorie dans le seul cas où l'on trouve des termes tels que «volontairement», «avec l'intention de», «sciemment» ou «intentionnellement» dans la disposition créant l'infraction. En revanche, le principe selon lequel une peine ne doit pas être infligée à ceux qui n'ont commis aucune faute est applicable. Les infractions de responsabilité absolue seront celles pour lesquelles le législateur indique clairement que la culpabilité suit la simple preuve de l'accomplissement de l'acte prohibé. L'économie générale de la réglementation adoptée par le législateur, l'objet de la législation, la gravité de la peine et la précision des termes utilisés sont essentiels pour déterminer si l'infraction tombe dans la troisième catégorie.

À la suite de cet arrêt, s'est posée la question de savoir quelle intention minimale devrait être exigée compte tenu de l'adoption de l'art. 7 de la *Charte*, qui prévoit:

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.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J. (as he then was) found that absolute liability offences which provided for a term of imprisonment as a sanction contravened s. 7 of the *Charter*. At page 515 of that decision he wrote:

I am therefore of the view that the combination of imprisonment and of absolute liability violates s. 7 of the *Charter* and can only be salvaged if the authorities demonstrate under s. 1 that such a deprivation of liberty in breach of those principles of fundamental justice is, in a free and democratic society, under the circumstances, a justified reasonable limit to one's rights under s. 7.

This principle that provincial regulatory offences which provide for a sanction of imprisonment require a minimum mental state was again confirmed in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. At page 652, Lamer J. wrote:

In effect, *Re B.C. Motor Vehicle Act* acknowledges that, whenever the state resorts to the restriction of liberty, such as imprisonment, to assist in the enforcement of a law, even, as in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, a mere provincial regulatory offence, there is, as a principle of fundamental justice, a minimum mental state which is an essential element of the offence. It thus elevated *mens rea* from a presumed element in *Sault Ste. Marie*, *supra*, to a constitutionally required element. *Re B.C. Motor Vehicle Act* . . . inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence was required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. [Emphasis added.]

From the cases which followed the passage of the *Charter*, the following can be derived: first, generally speaking, an offence of absolute liability is not likely to offend s. 7 of the *Charter* unless a

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.

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a conclu que les infractions de responsabilité absolue pour lesquelles une peine d'emprisonnement était prévue contrevenaient à l'art. 7 de la *Charte*. À la page 515 de cet arrêt, il écrit:

Je suis donc d'avis que la combinaison de l'emprisonnement et de la responsabilité absolue viole l'art. 7 de la *Charte* et ne peut être maintenue que si les autorités démontrent, en vertu de l'article premier, qu'une telle atteinte à la liberté, qui va à l'encontre de ces principes de justice fondamentale, constitue, dans le cadre d'une société libre et démocratique, dans les circonstances, une limite raisonnablement justifiée aux droits garantis par l'art. 7.

Le principe selon lequel les infractions réglementaires provinciales qui sont assorties d'une peine d'emprisonnement nécessitent un état d'esprit minimal a été de nouveau confirmé dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. À la page 652, le juge Lamer écrit:

En fait, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on reconnaît que dans tous les cas où l'État recourt à la restriction de la liberté, comme l'emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même si, comme dans ce renvoi, il ne s'agit que d'une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction. De l'élément présumé qu'elle était dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, la *mens rea* est ainsi devenue un élément requis par la Constitution. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [. . .] on établit indirectement que, même dans le cas d'une infraction à une réglementation provinciale, la négligence est au moins requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit toujours pouvoir au moins invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. [Je souligne.]

Des arrêts postérieurs à l'adoption de la *Charte*, on peut conclure ceci: premièrement, de façon générale, une infraction de responsabilité absolue n'est pas susceptible de contrevenir à l'art. 7 de la

24

25

26

prison sanction is provided; secondly, an accused charged with an absolute liability offence cannot avoid liability by demonstrating that he exercised due diligence; thirdly, one of the prime bases for distinguishing a strict liability offence from an absolute liability offence is the availability of the defence of due diligence; fourthly, any provincial regulatory offence providing for a term of imprisonment must make a defence of due diligence available to the accused. I would leave open for future consideration the situation presented by an absolute liability offence punishable by fine with the possibility of imprisonment for its non-payment in those circumstances where the legislation provides that the imposition and collection of any fine is subject to a means test.

Does Section 94, in Combination with Section 92, Create an Absolute Liability Offence?

27 There are, I believe, two methods of determining whether an offence is one of absolute liability. First, as suggested in *Sault Ste. Marie, supra*, regard may be had to the overall regulatory pattern adopted by the legislature, the subject matter of the legislation, the importance of the penalty and the precision of the language used.

28 Second, the availability of a due diligence defence must be considered. An absolute liability offence denies an accused the opportunity to put forward a defence of due diligence. Conversely, in order for an offence to be one of strict liability, the defence of due diligence must be available.

29 Considering first, the wording of the Act, it will be remembered that it provides that a person convicted of an underlying offence is "automatically and without notice" prohibited from driving a motor vehicle for 12 months from the date of sen-

Charte à moins qu'une peine d'emprisonnement ne soit prévue; deuxièmement, une personne accusée d'une infraction de responsabilité absolue ne peut échapper à toute responsabilité en démontrant qu'elle a fait preuve de diligence raisonnable; troisièmement, l'un des meilleurs moyens de distinguer une infraction de responsabilité stricte d'une infraction de responsabilité absolue est la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense; quatrièmement, dans le cas de toute infraction réglementaire provinciale qui est assortie d'une peine d'emprisonnement, l'accusé doit pouvoir invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Je suis d'avis de reporter à une autre occasion l'examen du cas d'une infraction de responsabilité absolue qui est punissable d'une amende avec possibilité d'emprisonnement en cas de non-paiement de cette amende lorsque la mesure législative prévoit que l'imposition et la perception d'une amende est assujettie à une évaluation des ressources.

L'article 94, appliqué conjointement avec l'art. 92, crée-t-il une infraction de responsabilité absolue?

Il y a, je crois, deux façons de déterminer si une infraction est de responsabilité absolue. Selon la première, tel que proposé dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, il est possible de considérer l'ensemble du régime réglementaire adopté par le législateur, l'objet de la mesure législative en cause, l'importance de la peine et la précision des termes employés.

Selon la deuxième façon de procéder, il faut se demander si l'accusé peut invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Une infraction de responsabilité absolue nie à l'accusé la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Inversement, pour qu'une infraction soit une infraction de responsabilité stricte, il doit être possible d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense.

D'abord, on se rappellera, en examinant le libellé de la Loi, qu'elle prévoit qu'une personne reconnue coupable d'une infraction sous-jacente est «automatiquement et sans préavis» soumise à une interdiction de conduire un véhicule à moteur

tencing. Section 94 provides that a person who drives a motor vehicle on the highway while he is prohibited from driving under s. 92 commits an offence and is liable:

- (c) on a first conviction, to a fine of not less than \$300 and not more than \$2 000 and to imprisonment for not less than 7 days and not more than 6 months, and
- (d) on a subsequent conviction, regardless of when the contravention occurred, to a fine of not less than \$300 and not more than \$2 000 and to imprisonment for not less than 14 days and not more than one year.

The fundamental aspect of the offence is that a person convicted of the underlying offence will be automatically and without notice prohibited from driving a motor vehicle. The words "automatically and without notice" go far towards establishing that this is indeed an absolute liability offence.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, it was found that s. 94, as it was then worded, created an absolute liability offence. At the time of that decision, s. 94 contained a subs. (2) which read:

(2) Subsection (1) creates an absolute liability offence in which guilt is established by proof of driving, whether or not the defendant knew of the prohibition or suspension.

That provision was found to contravene the *Charter* and was deleted from the Act in 1986. However, I am of the view that the removal of that subsection does not change the offence into one of strict liability. As all the judges in the courts below have found, the situation has not been changed in any significant manner by the deletion of that subsection. The deleted subsection did no more than emphasize and reiterate that this was an absolute liability offence. Yet, the same conclusion can be

pendant 12 mois à compter de la date du prononcé de la sentence. L'article 94 prévoit qu'une personne qui conduit un véhicule à moteur sur une route, alors qu'il lui est interdit de conduire en vertu de l'art. 92, commet une infraction et est passible:

[TRADUCTION]

- c) pour la première condamnation, d'une amende de 300 \$ à 2 000 \$ et d'un emprisonnement de 7 jours à 6 mois, et
- d) pour une condamnation subséquente peu importe quand l'infraction a eu lieu, d'une amende de 300 \$ à 2 000 \$ et d'un emprisonnement de 14 jours à un an.

Ce qu'il y a de fondamental dans l'infraction, c'est qu'une personne qui est reconnue coupable de l'infraction sous-jacente est automatiquement et sans préavis soumise à une interdiction de conduire un véhicule à moteur. Les mots «automatiquement et sans préavis» donnent beaucoup à entendre qu'il s'agit effectivement d'une infraction de responsabilité absolue.

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, on a conclu que l'art. 94, tel qu'il était alors formulé, créait une infraction de responsabilité absolue. À l'époque de cet arrêt, l'art. 94 comprenait un deuxième paragraphe rédigé de la façon suivante:

[TRADUCTION]

(2) Le paragraphe (1) crée une infraction de responsabilité absolue pour laquelle il y a culpabilité sur preuve que la personne accusée a conduit un véhicule, qu'elle ait connu ou non l'existence de l'interdiction ou de la suspension.

On a conclu que cette disposition contrevenait à la *Charte*, et elle a été supprimée de la Loi en 1986. Toutefois, je suis d'avis que la suppression de ce paragraphe ne fait pas de l'infraction en cause une infraction de responsabilité stricte. Comme l'ont constaté tous les juges d'instance inférieure, la situation n'a pas changé de façon significative par suite de la suppression de ce paragraphe. Le paragraphe supprimé ne faisait rien de plus que souligner et réitérer qu'il s'agissait là d'une infraction

reached from a consideration of the remaining wording of s. 94. Section 94(1)(a) still refers to s. 92 which, in turn, provides that a driver will “automatically and without notice” be prohibited from driving for a period of 12 months. In effect, the combination of s. 92 and s. 94 provides for the conviction of the prohibited driver whether or not he knows that he is prohibited from driving.

31 Section 94 goes further. Because the prohibition to drive in s. 92 is automatic and without notice, s. 94 effectively prevents an accused who is unaware of the prohibition from raising a defence of due diligence. At this point, it may be helpful to explore the nature of the defence of due diligence and how and when it may be utilized.

Defence of Due Diligence

32 The decision in *Sault Ste. Marie, supra*, established that a person accused of a strict liability offence may avoid conviction by proving, on the balance of probabilities, either that he had an honest but mistaken belief in facts which, if true, would render the act innocent, or that he exercised all reasonable care to avoid committing the offence. That is to say, he did what a reasonable person would have done in the circumstances to avoid the occurrence of the prohibited act. In my view, if neither of these two facets of the defence of due diligence is available to an accused, the offence cannot be said to be one of strict liability. By definition, a strict liability offence requires that the defence of due diligence be available. Put another way, if the offence does not permit a due diligence defence, then it cannot be a strict liability offence.

de responsabilité absolue. Pourtant, la même conclusion peut être tirée du libellé restant de l’art. 94. L’alinéa 94(1)a renvoie encore à l’art. 92 qui, à son tour, prévoit qu’un conducteur sera «automatiquement et sans préavis» soumis à une interdiction de conduire pendant 12 mois. En fait, les art. 92 et 94, pris ensemble, prévoient que la personne soumise à l’interdiction de conduire sera déclarée coupable, qu’elle ait su ou non qu’il lui était interdit de conduire.

L’article 94 va encore plus loin. Du fait que l’interdiction de conduire, à l’art. 92, soit applicable automatiquement et sans préavis, l’art. 94 empêche effectivement un accusé qui n’est pas au courant de l’interdiction d’invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Il peut être utile, à ce stade-ci, d’examiner la nature du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, de même que la façon dont il peut être invoqué et à quel moment.

Le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable

L’arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, établit qu’une personne accusée d’une infraction de responsabilité stricte peut éviter d’être déclarée coupable si elle prouve, selon la prépondérance des probabilités, soit qu’elle croyait sincèrement, mais à tort, à l’existence d’un état de faits qui, s’il avait existé, aurait rendu l’acte innocent, soit qu’elle a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter de commettre l’infraction, c’est-à-dire qu’elle a fait, dans les circonstances, ce qu’une personne raisonnable aurait fait pour éviter d’accomplir l’acte prohibé. À mon avis, si l’accusé ne peut invoquer ni l’un ni l’autre de ces deux aspects du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, on ne peut dire que l’infraction est une infraction de responsabilité stricte. Par définition, l’infraction de responsabilité stricte exige que l’on puisse invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Autrement dit, l’infraction qui ne permet pas d’invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense ne saurait être une infraction de responsabilité stricte.

In determining whether either facet of the defence of due diligence is available in this case, it is important to remember the well-established principle, incorporated in s. 19 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that a mistake of law is no excuse. In other words, a mistake as to what the law is does not operate as a defence.

The application of this principle leads to the conclusion that an accused cannot put forward as a defence that he made diligent inquiries as to the legality of his actions or status. The submission of such a defence was specifically rejected in *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356. In that case, the accused was charged with trafficking in a drug restricted under the *Food and Drugs Act*. The drug which the accused had begun manufacturing had been unrestricted but later became restricted. At trial, the accused testified that he had exercised due diligence to ascertain the state of the law. This defence was rejected. At page 364 Lamer J. wrote:

It is clear to me that we are dealing here with an offence that is not to be considered as one of absolute liability and, hence, a defence of due diligence is available to an accused. But I hasten to add that the defence of due diligence that was referred to in *Sault Ste. Marie* is that of due diligence in relation to the fulfilment of a duty imposed by law and not in relation to the ascertainment of the existence of a prohibition or its interpretation. [Emphasis added.]

These principles must be kept in mind in the assessment of the Crown's contention that the decision of this Court in *MacDougall*, *supra*, constitutes a complete answer to the characterization of the offence. In that case, following a conviction for failing to remain at the scene of an accident, the accused was prohibited from driving by the operation of s. 250(1) of the Nova Scotia *Motor Vehicle Act*. The accused subsequently drove while prohibited and was charged with that offence. At trial, he testified that he did not know of the prohibition. Ritchie J., on behalf of the Court, held that

Pour déterminer s'il est possible d'invoquer, en l'espèce, l'un ou l'autre des aspects du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, il est important de se rappeler le principe bien établi, incorporé à l'art. 19 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, voulant qu'une erreur de droit ne soit pas une excuse. En d'autres termes, une erreur sur ce qu'est la loi ne peut pas servir de moyen de défense.

L'application de ce principe mène à la conclusion qu'un accusé ne peut pas invoquer comme moyen de défense qu'il s'est enquis de façon raisonnable de la légalité de ses actes ou de sa situation. Ce moyen de défense a été explicitement rejeté dans l'arrêt *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356. Dans cette affaire, l'accusé avait été inculpé de trafic d'une drogue d'usage restreint, en vertu de la *Loi des aliments et drogues*. La drogue en question n'était pas d'usage restreint au moment où l'accusé avait commencé à la fabriquer, mais l'était devenue par la suite. Au procès, l'accusé a témoigné qu'il avait fait preuve de diligence raisonnable pour ce qui était de vérifier l'état du droit. Ce moyen de défense a été rejeté. À la page 364, le juge Lamer écrit:

Il me paraît évident que nous sommes en présence d'une infraction qu'on ne doit pas considérer comme une infraction de responsabilité absolue et que, par conséquent, un accusé peut invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Mais je m'empresse d'ajouter que l'arrêt *Sault Ste-Marie* parle de la défense de diligence raisonnable par rapport à l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi et non par rapport aux recherches sur l'existence d'une interdiction ou sur son interprétation. [Je souligne.]

Il faut se rappeler ces principes en évaluant la prétention du ministère public que l'arrêt *MacDougall*, précité, de notre Cour constitue une réponse complète à la qualification de l'infraction. Dans cet arrêt, il s'agissait d'un accusé qui s'était vu interdire de conduire, en vertu du par. 250(1) de la *Motor Vehicle Act* de la Nouvelle-Écosse, après avoir été déclaré coupable d'avoir fui les lieux d'un accident. L'accusé a subséquemment conduit un véhicule alors qu'il lui était interdit de le faire et a été accusé de l'infraction en question. Au procès, il a témoigné ne pas avoir été au courant de

33

34

35

the offence was one of strict liability, but that the defence of lack of knowledge of the prohibition was tantamount to a defence of ignorance of the law which, in light of the provision of s. 19 of the *Criminal Code*, could not provide a defence. Reliance is placed by the Crown upon this portion of the reasons of Ritchie J., found at p. 608:

I am in agreement with all of the judges in the courts below, including the dissenting judge in the Court of Appeal, in finding that as the offence here charged is one concerning the public welfare it was properly characterized as "an offence of strict liability" within the meaning of the classification stipulated by Mr. Justice Dickson (*supra*) and that a defence is accordingly available to the accused if he "reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render" his act in continuing to drive his motor vehicle without a licence, an innocent one. [Emphasis added.]

36 Two difficulties arise from the *MacDougall* decision. The first difficulty lies in its irreconcilability with the earlier decision of *R. v. Prue; R. v. Baril*, [1979] 2 S.C.R. 547. The second lies in the fact that *MacDougall* was rendered prior to the *Charter*, and that the jurisprudence on the minimal fault requirement has evolved since then.

37 In *Prue, supra*, the accused were convicted of an offence under the *Criminal Code*. As a result, their licences were automatically suspended under the provisions of the *B.C. Motor Vehicle Act*. They nonetheless drove their vehicles and were charged, not for a violation of the provincial statute under which the suspension was made, but rather under s. 238 of the *Criminal Code* which at the time read:

238. . . .

(3) Every one who drives a motor vehicle in Canada while he is disqualified or prohibited from driving a motor vehicle by reason of the legal suspension or cancellation, in any province, of his permit or licence . . . is guilty of

l'interdiction. Le juge Ritchie a conclu, au nom de la Cour, que l'infraction était une infraction de responsabilité stricte, mais que le moyen de défense fondé sur l'ignorance de l'interdiction revenait à invoquer l'ignorance de la loi, qui, aux termes de l'art. 19 du *Code criminel*, ne peut servir de moyen de défense. Le ministère public s'appuie sur cet extrait des motifs du juge Ritchie, à la p. 608:

D'accord avec tous les juges des cours d'instance inférieure, y compris le juge dissident en Cour d'appel, je conclus qu'il s'agit en l'espèce d'une infraction contre le bien-être public qui peut donc à juste titre être appelée «une infraction de responsabilité stricte» au sens de la catégorie établie par le juge Dickson (précité) et que l'accusé bénéficie en conséquence d'un moyen de défense s'il «croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu» innocent son acte qui consistait à continuer à conduire son véhicule à moteur sans permis de conduire. [Je souligne.]

L'arrêt *MacDougall* présente deux difficultés. La première découle de son incompatibilité avec l'arrêt antérieur *R. c. Prue; R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547. La deuxième découle du fait que l'arrêt *MacDougall* a été rendu avant l'adoption de la *Charte*, et que la jurisprudence sur l'exigence minimale en matière de faute a évolué depuis.

Dans l'arrêt *Prue*, précité, les accusés avaient été déclarés coupables d'une infraction en vertu du *Code criminel*, et, à la suite de cette déclaration de culpabilité, leurs permis de conduire avaient été automatiquement suspendus conformément aux dispositions de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique. Ils ont néanmoins conduit leurs véhicules et ont été accusés non pas d'une violation de la loi provinciale en vertu de laquelle la suspension avait été effectuée, mais plutôt en vertu de l'art. 238 du *Code criminel* qui, à l'époque, se lisait ainsi:

238. . . .

(3) Quiconque conduit un véhicule à moteur au Canada alors qu'il est inhabile à conduire un tel véhicule, ou que la conduite d'un tel véhicule lui est interdite, en raison de la suspension ou annulation légale, dans une province, de son permis ou de sa licence [. . .] est coupable

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for two years; or

(b) an offence punishable on summary conviction. [Emphasis added.]

Laskin C.J. stated that as a result of the inclusion of the offence in the *Criminal Code*, it was necessary to import *mens rea*. He then considered the submission of the Crown that ignorance of the suspension was ignorance of the law, not a mistake of fact, and therefore could not be put forward as a defence. He then stated at p. 552:

The effect, if this is a correct appraisal, is to make s. 238(3) an offence of absolute liability where the provincial suspension of a driving licence is automatic under the provincial enactment . . . , but not if the provincial suspension does not take effect without a requirement of notice. [Emphasis added.]

Laskin C.J. thus implied that an offence which was automatic and without notice constituted an absolute liability offence. However, he went on to find that ignorance of the suspension of a licence, in that case, was a mistake of fact.

With respect to the ignorance of the suspension, these reasons simply cannot be reconciled with *MacDougall*, *supra*. It cannot be that a mistake as to the law under the *Criminal Code* constitutes a mistake of fact, whereas a mistake as to the provisions of the provincial statute constitutes a mistake of law. As an alternative to his position that *MacDougall* should be overruled, the respondent contended that there is a basis for distinguishing the decisions since, in the *MacDougall* case, the evidence made it clear that the accused knew of the underlying conviction and, more importantly, was aware in general terms of the provisions of the Nova Scotia Act. Yet, this is a very narrow distinction that I cannot accept.

Perhaps it could be said that the *Prue* decision was correct in the conclusion that where the provincial suspension is automatic and without notice,

a) d'un acte criminel et est passible d'un emprisonnement de deux ans; ou

b) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. [Je souligne.]

Le juge en chef Laskin a affirmé qu'en raison de l'inclusion de l'infraction dans le *Code criminel*, il était nécessaire d'établir la *mens rea*. Il a ensuite examiné l'allégation du ministère public selon laquelle l'ignorance de la suspension équivalait à l'ignorance de la loi et non à une erreur de fait, et qu'elle ne pouvait, par conséquent, être invoquée comme moyen de défense. Il affirme alors, à la p. 552:

Si elle est exacte, cette opinion fait du par. 238(3) une infraction de responsabilité absolue si la suspension du permis de conduire est automatique en vertu de la loi provinciale [. . .], mais non si un avis de la suspension provinciale doit être donné pour que celle-ci entre en vigueur. [Je souligne.]

Le juge en chef Laskin a donc laissé entendre qu'une infraction qui découlait d'une suspension automatique et sans préavis constituait une infraction de responsabilité absolue. Il a toutefois conclu que l'ignorance de la suspension d'un permis, dans cette affaire, était une erreur de fait.

Quant à l'ignorance de la suspension, ces motifs ne sont tout simplement pas conciliables avec ceux de l'arrêt *MacDougall*, précité. Il ne se peut pas qu'une erreur quant au droit applicable en vertu du *Code criminel* constitue une erreur de fait, tandis qu'une erreur quant aux dispositions applicables de la loi provinciale constitue une erreur de droit. Subsidièrement à son avis que l'arrêt *MacDougall* devrait être renversé, l'intimé a soutenu qu'une distinction de ces arrêts était justifiée puisque, dans l'arrêt *MacDougall*, il ressortait clairement de la preuve que l'accusé était au courant de la déclaration de culpabilité sous-jacente et, qui plus est, avait une connaissance générale des dispositions de la loi de la Nouvelle-Écosse. Cependant, il s'agit là une distinction très ténue que je ne puis accepter.

On pourrait peut-être dire que la Cour, dans l'arrêt *Prue*, a eu raison de conclure que, lorsqu'une suspension s'applique automatiquement et sans

38

39

40

41

the offence of driving while disqualified is an offence of absolute liability, but incorrect in the conclusion that lack of knowledge of the suspension is a mistake of fact. On the other hand, it might be said that the *MacDougall* decision was correct in its conclusion that lack of knowledge of the suspension is a mistake of law. However, I am of the opinion that its characterization of the offence as one of strict liability cannot prevail under the *Charter*. This is the second difficulty raised by the *MacDougall* decision.

préavis en vertu d'une loi provinciale, la personne qui conduit alors qu'il lui est interdit de le faire commet une infraction de responsabilité absolue, mais qu'elle n'a pas eu raison de conclure que l'ignorance de la suspension constitue une erreur de fait. Par contre, on pourrait dire que la Cour, dans l'arrêt *MacDougall*, a eu raison de conclure que l'ignorance de la suspension était une erreur de droit. Toutefois, je suis d'avis que sa qualification de l'infraction comme étant une infraction de responsabilité stricte ne saurait être retenue en vertu de la *Charte*. C'est là la deuxième difficulté soulevée par l'arrêt *MacDougall*.

42 It must be remembered that the *MacDougall* decision was rendered prior to the *Charter*. It thus did not consider the constitutionally required minimal fault component outlined by this Court in cases such as *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, and *Vaillancourt, supra*. The defence of due diligence must be available to defend a strict liability offence. If that defence is removed, the offence can no longer be classified as one of strict liability. When, as a result of the wording of the section, the only possible defence an accused can put forward is his ignorance of the fact that his licence had been suspended by the provisions of the provincial statute, which constitutes a mistake of law and therefore is not available as a defence, the accused is effectively denied the defence of due diligence. In those circumstances, the offence ought to be characterized as one of absolute liability.

Il faut se rappeler que l'arrêt *MacDougall* a été rendu avant l'adoption de la *Charte*. Il n'a donc pas pris en considération la faute minimale requise par la Constitution et soulignée par notre Cour dans des arrêts comme *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B. et Vaillancourt*, précités. La diligence raisonnable doit pouvoir être invoquée comme moyen de défense relativement à une infraction de responsabilité stricte. Si ce moyen de défense est supprimé, l'infraction ne peut plus être classée comme une infraction de responsabilité stricte. Lorsqu'en raison du libellé de l'article le seul moyen de défense qu'un accusé peut invoquer est son ignorance du fait que son permis avait été suspendu en vertu des dispositions de la loi provinciale, ce qui est une erreur de droit et n'est donc pas admissible comme moyen de défense, l'accusé est effectivement privé du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. Dans ces circonstances, l'infraction devrait être qualifiée d'infraction de responsabilité absolue.

43 It seems to be clear that the defence of due diligence is not available to an accused charged under ss. 92 and 94 of the *B.C. Motor Vehicle Act*. There are a number of examples which can illustrate this situation. First, take the situation of an accused charged with failure to give a sample of breath. After trial he is found guilty, fined and his licence suspended for 3 months. Apparently, in British Columbia, he would be given no notice of the automatic suspension of one year provided by the *B.C. Motor Vehicle Act*. Yet, he would be liable to conviction despite his honest and reasonable belief

Il semble clair que la personne accusée en vertu des art. 92 et 94 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique ne peut pas invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Un certain nombre d'exemples peuvent illustrer cette situation. Premièrement, prenons le cas de l'accusé inculpé d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine. À l'issue du procès, il est déclaré coupable, condamné à payer une amende et son permis est suspendu pour 3 mois. Selon toute apparence, en Colombie-Britannique, il ne recevrait aucun avis de la suspension automatique d'un an prévue

as a lay person that the total sentence imposed by the court was a fine and a suspension of his licence for a period of 3 months. Certainly, to most people "a court" is a court wherever it may be located and the sentence of that court is what is binding upon them. Even if an accused asked the court to confirm that this was the total extent of his sentence, this would not amount to a defence of due diligence since his error was as to the provisions of the B.C. *Motor Vehicle Act*, and this constitutes an error of law.

Similarly, if an accused is charged and convicted of impaired driving and sentenced to 6 months prohibition from driving, he would leave the court room believing that this sentence constituted the entire penalty. However, by virtue of s. 92 of the Act, he is also, without any notice to him, automatically prohibited from driving for a period of 12 months from the date of conviction. If he drives after 6 months have expired and is stopped by the police, he would be charged with "driving while prohibited", despite the fact that he honestly and reasonably believed that he was no longer prohibited from driving. He would not be able to put this forward as a defence since ignorance of the law cannot be invoked as a defence, even if he took steps at his original trial to confirm before the convicting judge that this was the total extent of his penalty. Quite simply, the statute effectively deprives the accused of the defence of due diligence.

Significance of Notice

The legislature could readily convert this offence to one of strict liability by permitting the defence of due diligence to be raised. If there was any concern that those accused of the offence would defend on the basis that they had no knowledge of its effect, a provision requiring that notice be given of its consequences could be added.

par la *Motor Vehicle Act*. Pourtant, il serait susceptible d'être déclaré coupable même si, en tant que non-juriste, il croyait sincèrement et pour des motifs raisonnables que toute la sentence imposée par la cour consistait en une amende et en une suspension de permis pour 3 mois. Assurément, pour la plupart des gens, «une cour» est une cour, quel que soit le lieu où elle siège, et la sentence imposée par cette cour est ce qui les lie. Même si l'accusé demandait à la cour de confirmer que c'était là toute la sentence imposée, cela ne saurait constituer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable puisque son erreur porterait sur les dispositions de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique, ce qui constitue une erreur de droit.

De même, si un accusé est déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies et que son permis est suspendu pour 6 mois, il quittera la salle d'audience en croyant que cette sentence constitue toute la peine imposée. Toutefois, en vertu de l'art. 92 de la Loi, il lui est aussi, et ce, sans qu'il en soit préavisé, interdit de conduire pour une période de 12 mois à partir de la date de la déclaration de culpabilité. S'il conduit après l'expiration de 6 mois et qu'il est arrêté par la police, il sera accusé d'«avoir conduit alors qu'il lui était interdit de le faire», même s'il croyait sincèrement et pour des motifs raisonnables que l'interdiction de conduire était levée. Il ne pourrait pas invoquer cela en défense, étant donné que l'ignorance de la loi ne peut pas être invoquée comme moyen de défense, même si, à son procès initial, il a pris des mesures pour confirmer devant le juge qui l'a condamné que c'était là sa sentence au complet. La Loi prive tout simplement l'accusé de la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense.

Importance de l'avis

Le législateur pourrait aisément convertir cette infraction en une infraction de responsabilité stricte en permettant d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Dans le cas où on craindrait que les personnes accusées de l'infraction en cause invoquent en défense leur ignorance de son effet, il serait possible d'ajouter une

Notice could be given in many ways. The following are a few examples.

46

Upon the issuance or a renewal of a licence, notice could be given that upon conviction of the listed enumerated offences, there will be an automatic suspension of the licence for a 12-month period. Alternatively, notice of the consequences could be given with the serving of the summons or charge for the underlying offence. In still another manner, the notice could be given as a matter of course upon conviction for the underlying offence, and would thus form part of the record of the court proceedings. There is something so fundamentally fair about the giving of notice that I find it commendable. It must be remembered that regulatory offences number in the tens of thousands. There are federal regulations and provincial regulations that will vary in their terms and provisions from coast to coast. Surely it is not asking too much that the accused be given some form of notice.

Summary

47

In summary, it is my opinion that ss. 92 and 94 of the B.C. *Motor Vehicle Act* create an absolute liability offence since they effectively eliminate the defence of due diligence. Nevertheless, the absolute liability offence does not contravene the *Charter*. This conclusion flows from the application of s. 4.1 and of s. 72(1) of the *Offence Act*. These sections respectively indicate that, notwithstanding the provisions of any other Act, no person is liable to imprisonment for an absolute liability offence, and that the non-payment of a fine will not result in imprisonment. Thus, an accused convicted under ss. 92 and 94 of the B.C. *Motor Vehicle Act* faces no risk of imprisonment and there is, accordingly, no violation of the right to life,

disposition exigeant qu'avis soit donné de ses conséquences. Cet avis pourrait être donné de diverses façons, dont les suivantes ne sont que quelques exemples.

Lors de la délivrance ou du renouvellement d'un permis, on pourrait aviser que, si une déclaration de culpabilité est prononcée relativement aux infractions énumérées, il y aura suspension automatique du permis pour une période de 12 mois. Subsidiairement, un avis des conséquences pourrait être donné en même temps que l'assignation ou la signification de l'acte d'accusation relatif à l'infraction sous-jacente. Par ailleurs, l'avis pourrait être donné automatiquement à la suite d'une déclaration de culpabilité relative à l'infraction sous-jacente, et ferait donc partie du dossier des procédures judiciaires. La signification d'un avis comporte un aspect si fondamentalement équitable, que je la juge recommandable. Il faut se rappeler qu'il existe des dizaines de milliers d'infractions réglementaires. Il y a des règlements fédéraux et des règlements provinciaux dont le contenu varie d'un océan à l'autre. Ce n'est certainement pas abuser que de demander que l'accusé reçoive une forme quelconque d'avis.

Résumé

En résumé, je suis d'avis que les art. 92 et 94 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique créent une infraction de responsabilité absolue, étant donné qu'ils éliminent effectivement le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. Néanmoins, l'infraction de responsabilité absolue ne contrevient pas à la *Charte*. Cette conclusion découle de l'application de l'art. 4.1 et du par. 72(1) de l'*Offence Act*. Ces dispositions indiquent respectivement que, nonobstant les dispositions de toute autre loi, personne n'est passible d'emprisonnement pour une infraction de responsabilité absolue, et que le non-paiement d'une amende n'entraînera pas l'emprisonnement. Par conséquent, un accusé déclaré coupable en vertu des art. 92 et 94 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique ne court aucun risque d'emprisonnement et, par conséquent, il n'y a aucune violation du droit à la vie, à la liberté et à la sécu-

liberty and security of the person under s. 7 of the *Charter*.

Disposition

In my opinion, the offence created by ss. 92 and 94 of the B.C. *Motor Vehicle Act* is one of absolute liability. However, it is not constitutionally invalid since, by the operation of s. 4.1 of the *Offence Act*, there is no sanction of imprisonment attached to absolute liability offences.

In light of these reasons, an order directing a new trial would ordinarily be the appropriate result. Yet, the respondent has been brought before every level of court at the instigation of the Crown. This appeal was really brought to determine whether the offence in question was one of absolute or strict liability. Throughout, the Crown directed its submissions solely to this issue. That question is now resolved. In these circumstances, to direct a new trial for Pontes would be unfair and unduly harsh. Consequently, the appeal is dismissed.

The constitutional question reads: "Does s. 94 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, when read in conjunction with s. 92 of that Act create an absolute liability offence which violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?" The answer to the question must be that the offence created by ss. 92 and 94 of B.C. *Motor Vehicle Act* is one of absolute liability. However, it is not constitutionally invalid since, by the operation of s. 4.1 of the *Offence Act*, there is no sanction of imprisonment attached to absolute liability offences.

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

GONTHIER J. (dissenting) — The constitutional question raised by this appeal was stated by Lamer C.J. on September 8, 1994 as follows:

rité de sa personne que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

Dispositif

À mon avis, l'infraction créée par les art. 92 et 94 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique est une infraction de responsabilité absolue. Toutefois, cette infraction n'est pas inconstitutionnelle puisqu'en vertu de l'art. 4.1 de l'*Offence Act* les infractions de responsabilité absolue ne sont assorties d'aucune peine d'emprisonnement.

Compte tenu des présents motifs, il conviendrait normalement d'ordonner un nouveau procès. Cependant, l'intimé a comparu devant chaque palier judiciaire à la demande du ministère public. Le présent pourvoi a vraiment été formé dans le but de déterminer si l'infraction en question était une infraction de responsabilité absolue ou de responsabilité stricte. Pendant toutes les procédures, l'argumentation du ministère public n'a porté que sur cette question, qui est maintenant résolue. Dans ces circonstances, ordonner que Pontes subisse un nouveau procès serait inéquitable et trop dur. Le pourvoi est donc rejeté.

La question constitutionnelle est la suivante: «L'article 94 de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, lu conjointement avec l'art. 92 de la même loi, crée-t-il une infraction de responsabilité absolue qui viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?» Il faut y répondre que l'infraction créée par les art. 92 et 94 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique est une infraction de responsabilité absolue. Toutefois, l'infraction ainsi créée n'est pas inconstitutionnelle puisqu'en vertu de l'art. 4.1 de l'*Offence Act* les infractions de responsabilité absolue ne sont assorties d'aucune peine d'emprisonnement.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — La question constitutionnelle soulevée dans le présent pourvoi a été formulée par le juge en chef Lamer le 8 septembre 1994 et se lit ainsi:

48

49

50

51

Does s. 94 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, when read in conjunction with s. 92 of that Act create an absolute liability offence which violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

L'article 94 de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, lu conjointement avec l'art. 92 de la même loi, crée-t-il une infraction de responsabilité absolue qui viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

52

I have had the benefit of the reasons of my colleague Justice Cory. I respectfully disagree with his conclusion that the combined effect of ss. 92 and 94(1) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, is to create an offence of absolute liability. In my view, these provisions create an offence of strict liability where the fact of driving while prohibited by statute *prima facie* imports the offence, but where it is nevertheless possible for an accused to avoid conviction by demonstrating that he reasonably believed that he had not been convicted of one of the underlying offences to which the 12-month statutory prohibition attaches, or that he exercised due diligence in seeking to acquire knowledge of the underlying conviction. As a result, the impugned provisions adequately provide for the constitutionally minimum *mens rea* of negligence in order to ground a conviction and thus imprisonment for the regulatory or public welfare offence of driving while prohibited by statute. I would therefore answer the constitutional question posed by Lamer C.J. in the negative, allow the appeal and order a new trial.

J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory et, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec sa conclusion que l'art. 92 et le par. 94(1) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, ont pour effet conjugué de créer une infraction de responsabilité absolue. À mon avis, ces dispositions créent une infraction de responsabilité stricte alors que le fait de conduire, lorsque la loi l'interdit de le faire, comporte une présomption d'infraction, mais qu'il est néanmoins possible à un accusé d'éviter d'être déclaré coupable en prouvant qu'il avait des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait pas été déclaré coupable de l'une des infractions sous-jacentes assorties de l'interdiction de 12 mois prévue par la Loi, ou encore qu'il a fait preuve de diligence raisonnable en cherchant à s'enquérir de la déclaration de culpabilité sous-jacente. En conséquence, les dispositions attaquées prévoient comme il se doit la *mens rea* minimale de négligence requise par la Constitution pour justifier une déclaration de culpabilité et, ainsi, une peine d'emprisonnement relativement à l'infraction réglementaire ou visant le bien-être public que constitue la conduite d'un véhicule alors que la loi l'interdit. Je suis donc d'avis de répondre par la négative à la question constitutionnelle formulée par le juge en chef Lamer, d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

53

I also respectfully disagree with Cory J.'s position that the alleged constitutional deficiency in the impugned provisions can be cured by expanding the defence of due diligence. Since in my view the provisions already allow for due diligence in relation to all the factual elements of the *actus reus*, the due diligence which is called for, presumably as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is nothing less than due diligence in relation to the existence of a legislative prohibition pertaining to a regulated activity — that is, due diligence is being expanded to comprehend a defence of igno-

En toute déférence, je ne suis pas non plus d'accord avec le juge Cory pour dire qu'il peut être remédié au prétendu vice constitutionnel des dispositions attaquées en élargissant le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. Puisque, à mon avis, les dispositions permettent déjà d'invoquer ce moyen de défense relativement à tous les éléments factuels de l'*actus reus*, la diligence raisonnable qui est requise, vraisemblablement à titre de principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, n'est rien de moins qu'une diligence raisonnable quant à l'existence d'une interdiction

rance of the law. But our system of laws has long held as axiomatic that ignorance of the law is not an excuse for breaking the law. This cornerstone of our law remains secure even after the passage of the *Charter*, and I see no conflict between it and the principles of fundamental justice. As well, a regulated actor is deemed to have voluntarily accepted the terms and conditions of engaging in a regulated activity. Parliament or a legislature may choose, as a matter of policy, to provide a defence of ignorance of the law in relation to some, all or none of the statutory conditions of engaging in a regulated activity. Such a policy decision remains a matter over which the relevant representative body is entirely sovereign.

I. Facts and Relevant Legislation

Since my colleague Cory J. has helpfully summarized the relevant factual and legislative background and the decisions of the courts below, I need not repeat that discussion. I would only add that the record before this Court is silent as to the underlying offence of which the respondent was convicted and which then gave rise, by operation of law, to the 12-month driving prohibition. The record is also silent as to whether the respondent was aware that he was prohibited from driving by virtue of ss. 92 and 94(1). While these facts are not necessary to answer the constitutional question since this appeal involves a facial challenge to the constitutionality of the legislation, they are nevertheless relevant to the disposition of the respondent's case because, as detailed below, I find that this legislation is constitutionally valid without recourse to s. 4.1 of the *Offence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 305.

It is also important to explore briefly why the legislature of British Columbia may have decided

légale relative à une activité réglementée — autrement dit, on élargit la portée de la diligence raisonnable pour y inclure un moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi. Cependant, notre régime juridique tient depuis longtemps pour acquis que l'ignorance de la loi n'en excuse pas la violation. Cette pierre angulaire de notre droit demeure bien assise même depuis l'adoption de la *Charte*, et je n'y vois aucun conflit avec les principes de justice fondamentale. De même, une personne assujettie à la réglementation est réputée avoir volontairement accepté les conditions de son exercice d'une activité réglementée. Le Parlement ou une législature peut décider, à titre de politique générale, d'introduire l'ignorance de la loi comme moyen de défense relativement à certaines ou à la totalité des conditions légales de l'exercice d'une activité réglementée, ou encore de ne l'introduire dans aucun cas. Une telle décision de principe relève de la seule compétence de l'organisme représentatif pertinent.

I. Les faits et les dispositions législatives pertinentes

Puisque mon collègue le juge Cory a utilement résumé le contexte factuel et législatif pertinent ainsi que les décisions des tribunaux d'instance inférieure, je n'ai pas à reprendre cet examen. J'ajouterais seulement que le dossier dont est saisie notre Cour n'indique pas l'infraction sous-jacente dont l'intimé a été déclaré coupable et qui a ensuite, par application de la loi, donné lieu à l'interdiction de conduire pendant une période de 12 mois. Le dossier ne mentionne pas non plus si l'intimé était au courant qu'il lui était interdit de conduire en vertu de l'art. 92 et du par. 94(1). Bien que ces faits ne soient pas nécessaires pour répondre à la question constitutionnelle puisque le présent pourvoi porte sur une contestation de la constitutionnalité intrinsèque de la loi, ils sont néanmoins pertinents pour statuer sur le pourvoi de l'intimé puisque, comme je l'explique en détail ci-après, je suis d'avis que la loi en cause est constitutionnelle sans qu'il soit nécessaire d'appliquer l'art. 4.1 de l'*Offence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 305.

Il est également important d'examiner brièvement pourquoi la législature de la Colombie-

that the enacted 12-month prohibition should be effective without formal notice and instead, simply by operation of law. The most obvious explanation is that the underlying offences which give rise to the 12-month statutory prohibition are some of the most serious driving offences. They include:

1. Driving while prohibited by the Superintendent of Motor Vehicles or a police officer (s. 88 of the *Motor Vehicle Act*);
2. Driving while prohibited by court order or by operation of a law (s. 94 of the *Motor Vehicle Act*);
3. Driving with more than 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood (s. 220.1(1) of the *Motor Vehicle Act*);
4. Refusal to give a blood sample (s. 220.3(1) of the *Motor Vehicle Act*);
5. Motor vehicle related *Criminal Code* offences:
 - (a) causing death by criminal negligence (s. 220);
 - (b) causing bodily harm by criminal negligence (s. 221);
 - (c) manslaughter (s. 236);
 - (d) dangerous operation of motor vehicles (s. 249(1)(a));
 - (e) operating a motor vehicle while impaired (s. 253);
 - (f) failure to provide a breath sample (s. 254(5));
 - (g) impaired driving causing bodily harm or death (s. 255);
 - (h) operating a motor vehicle while disqualified from doing so (s. 259(4)).

It is thus readily apparent that the Province decided that in order to protect the welfare of the public and keep some of the most dangerous drivers off the roads, a prohibition would be effective automatically by operation of law on conviction of one of these underlying offences. That the statutory

Britannique peut avoir décidé que l'interdiction prévue de 12 mois devrait prendre effet sans avis formel et simplement par application de la loi. L'explication la plus évidente est que les infractions sous-jacentes à l'interdiction légale de 12 mois comptent parmi les infractions les plus graves en matière de conduite d'un véhicule à moteur. Ce sont notamment les suivantes:

1. Conduire alors qu'on est sous le coup d'une interdiction de la part du surintendant des véhicules à moteur ou d'un agent de police (art. 88 de la *Motor Vehicle Act*);
2. Conduire alors qu'il est interdit de le faire en vertu d'une ordonnance judiciaire ou d'une loi (art. 94 de la *Motor Vehicle Act*);
3. Conduire alors que son alcoolémie est supérieure à 80 milligrammes par 100 millilitres de sang (par. 220.1(1) de la *Motor Vehicle Act*);
4. Refuser de fournir un échantillon de sang (par. 220.3(1) de la *Motor Vehicle Act*);
5. Infractions du *Code criminel* relatives aux véhicules à moteur:
 - a) causer la mort par négligence criminelle (art. 220);
 - b) causer des lésions corporelles par négligence criminelle (art. 221);
 - c) homicide involontaire coupable (art. 236);
 - d) conduite dangereuse de véhicules à moteur (al. 249(1)a);
 - e) conduite avec facultés affaiblies d'un véhicule à moteur (art. 253);
 - f) défaut de fournir un échantillon d'haleine (par. 254(5));
 - g) conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles ou la mort (art. 255);
 - h) conduite d'un véhicule à moteur pendant interdiction de le faire (par. 259(4)).

On se rend facilement compte que la province a, pour assurer le bien-être du public et retirer des routes certains des conducteurs les plus dangereux, décidé d'imposer une interdiction de conduire qui prendrait effet automatiquement par application de la loi sur déclaration de culpabilité relativement à

prohibition is effective immediately without being subject to the vagaries incidental to the giving of notice only underscores the Province's seriousness of purpose. It is, after all, trying to protect the public from some criminally bad drivers, and it is indeed sobering to read the list of offences which they have targeted. And while it is perhaps true that the giving of formal notice of the law could have been consistent with this serious purpose, as I detail below the provision of such notice affects only the wisdom of the legislation, not its constitutionality.

II. Analysis

A. *The Sault Ste. Marie Scheme of Offences and the Constitutional Requirement of Fault*

Since Cory J. has also helpfully summarized the taxonomic scheme which this Court has developed to classify the various offences in Canadian law, I need not review that discussion in detail, save to offer a few observations to situate the analysis which follows.

In the seminal case of *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at pp. 1325-26, Dickson J. (as he then was) recognized that there are three categories of offences in Canadian law rather than the traditional two, thus allowing strict liability to occupy a half-way house between full *mens rea* offences and those of absolute liability. He suggested that only offences which were "criminal in the true sense" would be subject to the presumption of full *mens rea*; that "[p]ublic welfare offences would *prima facie* be in the second category" of strict liability offences; and finally, that "[o]ffences of absolute liability would be those in respect of which the Legislature had made it clear that guilt would follow proof merely of the proscribed act" (p. 1326 (emphasis added)). The policy basis for this common law interpretative presumption against conviction without fault was and still is the obvious concern that the morally innocent should not be punished (*R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 652, and *R. v. Nova*

l'une des infractions sous-jacentes qui viennent d'être énumérées. Le fait que l'interdiction légale prenne effet immédiatement sans être assujettie aux aléas d'un avis montre seulement le sérieux de l'objet visé par la province. Celle-ci tente après tout de protéger le public contre certains conducteurs criminellement mauvais et, en réalité, la lecture de la liste des infractions visées fait réfléchir. Bien qu'il puisse être vrai qu'un avis formel de la loi aurait pu être compatible avec cet objectif sérieux, comme je l'expose en détail ci-dessous, de tels avis ne touchent que la sagesse de la mesure législative et non sa constitutionnalité.

II. Analyse

A. *Le régime d'infractions établi dans l'arrêt Sault Ste-Marie et l'exigence constitutionnelle de la faute*

Puisque le juge Cory a aussi résumé utilement la méthode que notre Cour a établie pour classer les diverses infractions en droit canadien, je n'ai pas besoin de reprendre cette analyse en détail, si ce n'est pour ajouter quelques observations visant à situer l'analyse qui suit.

Dans l'arrêt de principe *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, aux pp. 1325 et 1326, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a reconnu qu'il y a, en droit canadien, trois catégories d'infractions plutôt que les deux catégories traditionnelles, les infractions de responsabilité stricte se situant à mi-chemin entre les infractions exigeant la *mens rea* proprement dite et celles de responsabilité absolue. Selon lui, seules les infractions «criminelles dans le vrai sens du mot» sont assujetties à la présomption de *mens rea* proprement dite, «[l]es infractions contre le bien-être public appartiennent généralement à la deuxième catégorie» des infractions de responsabilité stricte, et enfin «[l]es infractions de responsabilité absolue seront celles pour lesquelles le législateur indique clairement que la culpabilité suit la simple preuve de l'accomplissement de l'acte prohibé» (p. 1326 (je souligne)). La présomption de common law en matière d'interprétation, suivant laquelle il ne saurait y avoir déclaration de culpabilité en l'absence

56

57

Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 659).

58 In order to determine whether a legislature has “made it clear” that the offence is of absolute liability, Dickson J. suggested that regard may be had to the following factors (at p. 1326):

The overall regulatory pattern adopted by the Legislature, the subject matter of the legislation, the importance of the penalty, and the precision of the language used will be primary considerations in determining whether the offence falls into the third category.

59 It is also important to remember that even assuming that the legislature has not clearly indicated that the offence is to be one of absolute liability, it is still necessary to determine the appropriate level of fault or *mens rea* for the offence in question. Where the legislature has not used language which clearly indicates the mental element of the offence, then the mental element must be judicially inferred from the *actus reus*, the prohibited act. For a regulatory or public welfare offence, the appropriate inference is that there should be no conviction without negligence. For an offence which is criminal in the true sense, the appropriate inference is that there should be no conviction without some form of *mens rea*. The *Sault Ste. Marie* scheme is thus of fundamental importance in helping to determine the most appropriate degree of fault given the nature of the offence.

60 With the entrenchment of the *Charter*, the element of fault was raised from a common law interpretative presumption to a constitutional guaranty (*Vaillancourt, supra*, at p. 652, and *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 659). Differently put, the *Charter* now requires that the inferred *mens rea* also be minimally constitutionally sufficient given the nature of the offence. This

de faute était et est toujours fondée sur le principe que la personne moralement innocente devrait échapper à la sanction pénale (*R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, à la p. 652, et *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 659).

Afin de déterminer si le législateur a «indiqué clairement» qu’il s’agit d’une infraction de responsabilité absolue, le juge Dickson propose que l’on puisse tenir compte des facteurs suivants (à la p. 1326):

L’économie générale de la réglementation adoptée par le législateur, l’objet de la législation, la gravité de la peine et la précision des termes utilisés sont essentiels pour déterminer si l’infraction tombe dans la troisième catégorie.

Il importe également de se rappeler que, même en supposant que le législateur n’a pas indiqué clairement qu’il s’agit d’une infraction de responsabilité absolue, il est encore nécessaire de déterminer le degré approprié de faute ou la *mens rea* pour l’infraction en question. Si le législateur n’a pas utilisé des termes qui décrivent clairement l’élément moral de l’infraction, le tribunal doit alors inférer cet élément moral à partir de l’*actus reus*, l’acte prohibé. Dans le cas d’une infraction réglementaire ou visant le bien-être public, l’inférence qu’il convient d’effectuer est qu’il ne devrait pas y avoir déclaration de culpabilité en l’absence de négligence. Pour une infraction criminelle dans le vrai sens du mot, l’inférence appropriée est qu’il ne devrait pas y avoir déclaration de culpabilité sans une forme quelconque de *mens rea*. Le régime établi dans l’arrêt *Sault Ste-Marie* revêt ainsi une importance fondamentale lorsqu’il s’agit de déterminer le degré de faute qui correspond le mieux à la nature de l’infraction.

D’une présomption de common law en matière d’interprétation qu’il était, l’élément de faute est devenu, avec l’adoption de la *Charte*, l’objet d’une garantie constitutionnelle (*Vaillancourt*, précité, à la p. 652, et *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 659). En d’autres termes, la *Charte* exige maintenant que la *mens rea* inférée réponde aussi à une exigence minimale suffisante prévue

Court has ruled that negligence in relation to the elements of the *actus reus* is the constitutionally minimum degree of fault for a public welfare or regulatory offence and where conviction allows for the possibility of imprisonment (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, and *Vaillancourt*, at p. 652). We have also held that subjective *mens rea* reflecting the particular nature of the offence may be constitutionally necessary for a very few crimes to which a special social stigma attaches or for which severe punishments are available (*Vaillancourt*, at p. 653). Examples of such special stigma crimes are murder and theft (*R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 645, and *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731, at p. 744). However, for the vast majority of criminal offences, the *Charter* only requires that there be “an element of personal fault in regard to a culpable aspect of the *actus reus*, but not necessarily in regard to each and every element of the *actus reus*” (*R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at p. 965 (Sopinka J. for the Court)).

B. *The Place of the British Columbia Motor Vehicle Act in the Sault Ste. Marie Scheme of Offences*

Where, then, do the impugned provisions of the British Columbia *Motor Vehicle Act* most appropriately fit in the *Sault Ste. Marie* tripartite scheme of offences? Here, the subject matter of the statute quite clearly suggests that this is public welfare or regulatory legislation. The impugned provisions are aimed at keeping bad drivers off the road; they are not prohibitions which are “criminal in the true sense”. As a result, this offence is *prima facie* one of strict liability. I note, nevertheless, that such a public welfare purpose is consistent with both strict and absolute liability. Furthermore, considerations such as the overall regulatory pattern adopted by the legislature and the importance of the penalty do not offer much guidance in assessing whether the offence is of strict as opposed to absolute liability. These factors are generally of greater assistance in determining, when the legislature has not specified a mental element, whether

par la Constitution, compte tenu de la nature de l’infraction. Notre Cour a statué que la négligence relativement aux éléments de l’*actus reus* constitue le degré minimal de faute requis par la Constitution dans le cas d’une infraction réglementaire ou visant le bien-être public, lorsque la déclaration de culpabilité donne ouverture à l’emprisonnement (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et *Vaillancourt*, à la p. 652). Nous avons également statué que la *mens rea* subjective qui reflète la nature particulière de l’infraction peut être constitutionnellement requise pour quelques rares crimes auxquels se rattachent des stigmates sociaux particuliers ou pour lesquels des peines sévères peuvent être imposées (*Vaillancourt*, à la p. 653). Tel est le cas du meurtre et du vol (*R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, à la p. 645, et *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, à la p. 744). Cependant, pour la vaste majorité des infractions criminelles, la *Charte* exige seulement «un élément de faute personnelle à l’égard d’un aspect coupable de l’*actus reus*, mais pas nécessairement à l’égard de chacun des éléments de l’*actus reus*» (*R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, à la p. 965 (le juge Sopinka, au nom de la Cour)).

B. *La place de la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique dans le régime d’infractions établi par l’arrêt Sault Ste-Marie*

Ceci dit, à laquelle des trois catégories du régime de l’arrêt *Sault Ste-Marie* les dispositions attaquées de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique correspondent-elles le mieux? En l’espèce, l’objet de la Loi laisse très clairement entendre qu’il s’agit d’une loi touchant le bien-être public ou de nature réglementaire. Les dispositions attaquées visent à retirer des routes les mauvais conducteurs; ce ne sont pas des interdictions «criminelles dans le vrai sens du mot». À première vue, il s’agit donc d’une infraction de responsabilité stricte. Néanmoins, je note qu’un tel objectif de bien-être public est à la fois compatible avec la responsabilité stricte et la responsabilité absolue. De plus, des considérations comme l’ensemble de la réglementation adoptée par la législature et l’importance de la peine ne sont pas vraiment utiles pour déterminer s’il s’agit d’une infraction de responsabilité stricte plutôt que de responsabilité

the offence ought to be subject to the presumption of full *mens rea* or whether the offence is simply one of absolute liability.

62 The appellant, however, suggests that since the impugned provisions provide for a mandatory minimum period of imprisonment, this militates against considering them as creating an absolute liability offence, because this Court has already ruled in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, that absolute liability and imprisonment cannot be combined without running afoul of s. 7 of the *Charter*. But plainly this is circular reasoning. The impugned provisions predate this Court's ruling in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, and the appellant's argument cannot be accepted unless the British Columbia legislature can be credited with prescience.

63 It is for these reasons that I believe that in this case the only factor listed by Dickson J. in *Sault Ste. Marie* which is of any assistance in determining whether the impugned provisions create an offence of absolute liability is the precision of the language used.

64 On this score, my colleague Cory J. suggests that the fact that the 12-month statutory prohibition attaches "automatically and without notice" goes "far towards establishing that this is indeed an absolute liability offence" (para. 29). He suggests that "[i]n effect, the combination of s. 92 and s. 94 provides for the conviction of the prohibited driver whether or not he knows that he is prohibited from driving" (para. 30). I agree that knowledge of the enacted prohibition is not an element of this offence. But as I elaborate below, this does not render the offence one of absolute liability.

65 In my view, the phrase "automatically and without notice" simply highlights that the 12-month

absolue. Ces facteurs sont plus utiles pour déterminer, lorsque le législateur n'a pas spécifié d'élément moral, si l'infraction devrait être assujettie à la présomption de *mens rea* proprement dite ou si l'infraction est tout simplement une infraction de responsabilité absolue.

Cependant, l'appelant laisse entendre que, puisque les dispositions attaquées prévoient une période minimale obligatoire d'emprisonnement, cela milite contre le fait de les considérer comme créant une infraction de responsabilité absolue parce que notre Cour a déjà statué dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, que la responsabilité absolue et l'emprisonnement ne peuvent être combinés sans contrevenir à l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, il s'agit manifestement d'une pétition de principe. Les dispositions attaquées sont antérieures au *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l'argument de l'appelant ne saurait être accepté à moins de pouvoir dire que la législature de la Colombie-Britannique est douée de prescience.

C'est pour ces motifs que je crois que le libellé même est le seul facteur, parmi ceux énumérés par le juge Dickson dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, qui nous soit utile en l'espèce pour déterminer si les dispositions attaquées créent une infraction de responsabilité absolue.

À cet égard, mon collègue le juge Cory affirme que le fait que l'interdiction de 12 mois, prévue par la Loi, prenne effet [TRADUCTION] «automatiquement et sans préavis» «donne[. . .] beaucoup à entendre qu'il s'agit effectivement d'une infraction de responsabilité absolue» (par. 29). Il précise: «[e]n fait, les art. 92 et 94, pris ensemble, prévoient que la personne soumise à l'interdiction de conduire sera déclarée coupable, qu'elle ait su ou non qu'il lui était interdit de conduire» (par. 30). Je reconnais que la connaissance de l'interdiction légale ne constitue pas un élément de cette infraction. Cependant, comme je le précise plus loin, cela n'en fait pas une infraction de responsabilité absolue.

À mon avis, l'expression «automatiquement et sans préavis» fait simplement ressortir que l'inter-

statutory prohibition is to take effect immediately and by operation of law without any requirement that notice be given by the Superintendent of Motor Vehicles or received by a driver who is prohibited from driving under the statute. While the Act does contemplate notice from the Superintendent in certain circumstances, this is only if the prohibition is made by the Superintendent in the exercise of his or her discretionary authority. For example, s. 86(1) of the Act gives the Superintendent the authority to order a prohibition when he or she “considers it to be in the public interest”, and then lists a number of criteria to be considered in exercising this discretion, including whether the person has “failed to comply with this Act or the regulations”, because the person “has a driving record that in the opinion of the superintendent is unsatisfactory”, where the person’s license has been suspended in another Canadian or American jurisdiction, or for any other cause “that relates to the use or operation of motor vehicles”. Section 88(3) then lists the formal requirements for such notice. Finally, s. 88(1) states that it is an offence for a person to drive “knowing that he is prohibited” by the Superintendent, and specifies a mandatory prison term of not less than seven days and not more than six months on a first conviction.

If a person then drives while prohibited by the Superintendent under a discretionary order, it is open to the accused to argue that he did not receive notice of the prohibition, since that may be a reasonable mistake of fact. This point was made lucidly by Ritchie J. in dissent in *R. v. Prue*; *R. v. Baril*, [1979] 2 S.C.R. 547, at pp. 557-58:

It will be readily apparent that a wide difference exists between the case of a man who acts in ignorance of the provision for automatic suspension and is therefore acting under a mistake of law, and a man who resides in a province where the imposition of such a suspension can only be effected as the result of the inter-

diction légale de 12 mois doit prendre effet immédiatement et par application de la loi sans que le surintendant des véhicules à moteur n’ait à donner un préavis ni que le conducteur visé par l’interdiction légale de conduire n’ait à le recevoir. Bien que la Loi prévoit que le surintendant doit donner un avis dans certaines circonstances, il n’en est ainsi que si l’interdiction est imposée par le surintendant dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Par exemple, le par. 86(1) de la Loi donne au surintendant le pouvoir d’imposer une interdiction lorsqu’il [TRADUCTION] «est d’avis qu’il est dans l’intérêt public de le faire»; la disposition énumère ensuite un certain nombre de critères dont il doit tenir compte dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, notamment dans le cas où la personne [TRADUCTION] «a omis de se conformer à la loi ou à son règlement d’application», lorsqu’elle [TRADUCTION] «possède un dossier de conduite automobile qui, de l’avis du surintendant, n’est pas satisfaisant», lorsque le permis de conduire de la personne a été suspendu dans un autre ressort canadien ou américain, ou pour tout autre motif [TRADUCTION] «se rapportant à l’usage ou à la conduite d’un véhicule à moteur». Le paragraphe 88(3) énumère ensuite les conditions formelles d’un tel avis. Enfin, aux termes du par. 88(1), commet une infraction quiconque conduit [TRADUCTION] «tout en sachant qu’il est assujéti à une interdiction» du surintendant; la disposition prévoit une peine d’emprisonnement minimale de sept jours et maximale de six mois relativement à une première déclaration de culpabilité.

La personne accusée d’avoir conduit alors qu’il lui était interdit de le faire en vertu d’un ordre discrétionnaire du surintendant peut soutenir qu’elle n’a pas été avisée de cette interdiction puisqu’il peut s’agir d’une erreur raisonnable de fait. Ce point a été clairement exposé par le juge Ritchie, dissident, dans l’arrêt *R. c. Prue*; *R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547, aux pp. 557 et 558:

Il est évident qu’il y a une grande différence entre la situation d’un homme qui agit dans l’ignorance de la disposition qui prévoit la suspension automatique et qui agit donc par erreur de droit, et celle d’un homme qui réside dans une province où pareille suspension ne peut être effectuée que suite à un acte administratif des auto-

vention of some administrative act by the authorities. The latter situation is evidenced in jurisdictions where provision is made for the clerk of the court, the presiding magistrate or some other official giving notice to the accused of the suspension of his licence before that suspension can be effective. In the latter type of case when the requisite administrative step or steps have not been taken and the accused can show that he was therefore ignorant of the fact of his suspension, his ignorance is one of fact and not of law, and in this event it has been consistently held that he has a valid defence to the charge.

rités. Cette dernière situation se retrouve dans les provinces où une disposition prévoit que le greffier de la cour, le juge siégeant ou quelque autre fonctionnaire, doit donner avis à l'accusé de la suspension de son permis avant que celle-ci ne puisse entrer en vigueur. Dans ce dernier cas lorsque la ou les démarches administratives n'ont pas été accomplies et que l'accusé peut établir qu'il ignorait la suspension de son permis, il s'agit alors d'une ignorance d'un fait et non de la loi et, dans ces circonstances, il est constant qu'il dispose d'une défense valide à l'accusation.

67

As I will explain more fully below, the respondent in this case cannot seek solace in the failure of the Superintendent or the court convicting him of the underlying offence to provide notice of the applicable statutory prohibition, since that prohibition was effected automatically and without notice, by operation of law. The ignorance which the respondent pleads that the legislature should have cured with some form of notice is his ignorance of the law prohibiting his conduct. In this he cannot succeed because ignorance of the law is never an excuse for breaking the law.

Comme je l'expliquerai davantage plus loin, l'intimé en l'espèce ne peut chercher réconfort dans le fait que ni le surintendant ni le tribunal qui l'a déclaré coupable de l'infraction sous-jacente ne lui ont donné avis de l'interdiction légale applicable, puisque cette interdiction prenait effet automatiquement et sans préavis, par application de la loi. L'ignorance à laquelle la législature aurait dû remédier par une sorte de préavis, selon l'argument de l'intimé, est son ignorance de la règle de droit lui interdisant de conduire. Cet argument doit échouer parce que l'ignorance de la loi n'excuse jamais une violation de la loi.

68

It is my view, then, that the British Columbia legislature has not used language of sufficient precision to make it clear that the offence created by the combined effect of ss. 92 and 94 is to be of absolute liability. In this respect, the language in the impugned provisions falls far short of the express language employed in the now repealed s. 94(2) of the *Motor Vehicle Act*, which read:

J'estime donc que la législature de la Colombie-Britannique n'a pas utilisé des termes suffisamment précis pour indiquer clairement que l'infraction créée par l'effet conjugué des art. 92 et 94 est une infraction de responsabilité absolue. À cet égard, les termes employés dans les dispositions attaquées sont loin d'être aussi explicites que ceux employés dans le par. 94(2), maintenant abrogé, de la *Motor Vehicle Act*:

94. . . .

(2) Subsection (1) creates an absolute liability offence in which guilt is established by proof of driving, whether or not the defendant knew of the prohibition or suspension. [Emphasis added.]

[TRANSDUCTION] 94. . . .

(2) Le paragraphe (1) crée une infraction de responsabilité absolue pour laquelle il y a culpabilité sur preuve que la personne accusée a conduit un véhicule, qu'elle ait connu ou non l'existence de l'interdiction ou de la suspension. [Je souligne.]

Speaking for a majority of the Court on the constitutionality of this provision in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J. (as he then was) stated at pp. 518-19:

S'exprimant au nom de notre Cour à la majorité relativement à la constitutionnalité de cette disposition dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme, aux pp. 518 et 519:

No doubt s. 94(2) enacts in the clearest of terms an absolute liability offence, the conviction for which a person will be deprived of his or her liberty, and little more, if anything, need be added.

Notwithstanding this ruling, my colleague Cory J. suggests that s. 94(2) “did no more than emphasize and reiterate that this was an absolute liability offence” (para. 30). In other words, s. 94(1) created an absolute liability offence regardless of s. 94(2). This conclusion effectively equates “automatically and without notice” in s. 94(1) with “absolute liability” in s. 94(2). I have some difficulty with this conclusion. If the legislature of British Columbia was simply emphasizing and reiterating in s. 94(2) the legal effect of s. 94(1), it is curious indeed that in obeying this Court’s decision in *Re B.C. Motor Vehicle Act* on the unconstitutionality of combining absolute liability with the possibility of imprisonment, that same legislature would choose to repeal only s. 94(2) and not also s. 94(1) (*Motor Vehicle Amendments Act, 1986*, S.B.C. 1986, c. 19, s. 5, assented to June 17, 1986). With respect, Cory J.’s interpretation impliedly imputes to that sovereign body ignorance, indifference, or worse, possibly even contempt for this Court’s ruling.

Of course, whether, as I believe, the legislature intended s. 94(1) to be a strict liability offence is not dispositive of this case. Whatever the legislative intention, the legal effect may nevertheless have been to create an offence of absolute liability. In the absence of clear words, such a possibility is entirely dependant upon whether an accused can escape liability by proving that he is not at fault, that is, whether he can still avail himself of the defences of due diligence or reasonable mistake of fact. I next consider whether the impugned provisions have eliminated these defences.

Il ne fait pas de doute que le par. 94(2) crée dans les termes les plus clairs une infraction de responsabilité absolue dont l’auteur, s’il est déclaré coupable, sera privé de sa liberté et il n’est pas vraiment nécessaire d’en dire plus.

Nonobstant cette décision, mon collègue le juge Cory laisse entendre que le par. 94(2) «ne faisait rien de plus que souligner et réitérer qu’il s’agissait là d’une infraction de responsabilité absolue» (par. 30). En d’autres termes, le par. 94(1) créait une infraction de responsabilité absolue, indépendamment du par. 94(2). Cette conclusion assimile effectivement l’expression «automatiquement et sans préavis», au par. 94(1), à la «responsabilité absolue» mentionnée au par. 94(2). J’éprouve des difficultés avec cette conclusion. Si la législature de la Colombie-Britannique ne faisait que souligner et réitérer au par. 94(2) l’effet du par. 94(1), il est en fait curieux qu’en voulant se conformer à la décision de notre Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, voulant qu’il soit inconstitutionnel de combiner la responsabilité absolue avec le risque d’emprisonnement, elle ait choisi d’abroger seulement le par. 94(2) et non également le par. 94(1) (*Motor Vehicle Amendments Act, 1986*, S.B.C. 1986, ch. 19, art. 5, sanctionnée le 17 juin 1986). En toute déférence, dans son interprétation, le juge Cory affirme implicitement que cet organisme souverain a fait preuve d’ignorance, d’indifférence ou, pis encore, peut-être de mépris envers l’arrêt de notre Cour.

Il va sans dire que la question de savoir si, comme je le crois, la législature a voulu créer une infraction de responsabilité stricte au par. 94(1) n’est pas déterminante en l’espèce. Quelle qu’ait été l’intention du législateur, l’effet de la loi peut néanmoins avoir été de constituer une infraction de responsabilité absolue. En l’absence de termes clairs, une telle possibilité est entièrement reliée à la question de savoir si un accusé peut échapper à toute responsabilité en prouvant qu’il n’est pas en faute, c’est-à-dire à celle de savoir s’il peut encore invoquer la diligence raisonnable ou l’erreur raisonnable de fait comme moyen de défense. J’examinerai maintenant si les dispositions attaquées ont éliminé ces moyens de défense.

C. *Strict Liability Defences and the Principle that Ignorance of the Law Does Not Excuse*

71

This Court in *Sault Ste. Marie* stated that an offence could only be classified as being of strict liability if the defences of due diligence and reasonable mistake of fact are available to an accused. Dickson J. described (at p. 1326) these defences in defining strict liability offences as

[o]ffences in which there is no necessity for the prosecution to prove the existence of *mens rea*; the doing of the prohibited act *prima facie* imports the offence, leaving it open to the accused to avoid liability by proving that he took all reasonable care. This involves consideration of what a reasonable man would have done in the circumstances. The defence will be available if the accused reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render the act or omission innocent, or if he took all reasonable steps to avoid the particular event. These offences may properly be called offences of strict liability.

Dickson J. also observed that the due diligence defence is often spoken of "as being that of reasonable mistake of fact". He continued, at pp. 1314-15:

The reason is that the offences in question have generally turned on the possession by a person or place of an unlawful status, and the accused's defence was that he reasonably did not know of this status: e.g. permitting an unlicensed person to drive, or lacking a valid licence oneself, or being the owner of property in a dangerous condition. In such cases, negligence consists of an unreasonable failure to know the facts which constitute the offence. It is clear, however, that in principle the defence is that all reasonable care was taken. In other circumstances, the issue will be whether the accused's behaviour was negligent in bringing about the forbidden event when he knew the relevant facts. Once the defence of reasonable mistake of fact is accepted, there is no barrier to acceptance of the other constituent part of a defence of due diligence. [Emphasis added.]

C. *Les moyens de défense en matière de responsabilité stricte et le principe voulant que l'ignorance de la loi ne soit pas une excuse*

Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, notre Cour a affirmé qu'une infraction ne pouvait être qualifiée d'infraction de responsabilité stricte que si un accusé pouvait invoquer les moyens de défense fondés sur la diligence raisonnable et l'erreur raisonnable de fait. Le juge Dickson décrit (à la p. 1326) ces moyens de défense en définissant les infractions de responsabilité stricte comme étant

[l]es infractions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que la poursuite prouve l'existence de la *mens rea*; l'accomplissement de l'acte comporte une présomption d'infraction, laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. Ceci comporte l'examen de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent, ou si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question. Ces infractions peuvent être à juste titre appelées des infractions de responsabilité stricte.

Le juge Dickson fait également remarquer que l'on décrit souvent le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable comme étant celui «fondé[. . .] sur l'erreur raisonnable de fait». Il poursuit, aux pp. 1314 et 1315:

En effet, les infractions en question portent généralement sur la situation illégale d'une personne ou d'un emplacement et la défense de l'accusé est qu'il ne pouvait raisonnablement avoir connaissance de cette situation; par exemple, permettre à une personne de conduire sans permis, ou ne pas posséder soi-même un permis valide ou être propriétaire d'un bien qui est dans un état dangereux. Dans ces cas, la négligence consiste dans l'ignorance injustifiable des faits constitutifs de l'infraction. Il est toutefois clair que la défense est, en principe, que toutes les précautions raisonnables ont été prises. En d'autres circonstances, la question sera de savoir si l'accusé a fait preuve de négligence en causant l'événement interdit alors qu'il avait connaissance des faits pertinents. Une fois admise la défense fondée sur l'erreur raisonnable de fait, rien ne s'oppose à ce que l'on accepte l'autre élément constitutif d'une défense fondée sur la diligence raisonnable. [Je souligne.]

It is thus apparent that while the defences of reasonable mistake of fact and due diligence may operate differently in any given case, they are really just two aspects of the requirement that there be negligence as the constitutionally minimum fault before an accused can be imprisoned for a regulatory offence.

The content of the defences of due diligence and reasonable mistake of fact was further clarified by Lamer J. in *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356. That case concerned a charge of trafficking in a restricted drug contrary to s. 42(1) of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27. The accused had been manufacturing a chemical which, when he began his manufacturing operation, was not listed in Schedule H of the Act as a restricted drug. The drug was, however, subsequently added by regulation to the list of prohibited substances, and the accused then charged with trafficking. The accused adduced evidence on *voir dire* that he had in fact been duly diligent in attempting to ascertain whether the chemical was on the list of prohibited substances, and before this Court he argued that *Sault Ste. Marie* entitled him to avoid conviction by invoking this defence. The Court unanimously upheld the conviction imposed at trial. In so doing, Lamer J. had this to say, at p. 364, about the availability of the defence of due diligence:

It is clear to me that we are dealing here with an offence that is not to be considered as one of absolute liability and, hence, a defence of due diligence is available to an accused. But I hasten to add that the defence of due diligence that was referred to in *Sault Ste. Marie* is that of due diligence in relation to the fulfilment of a duty imposed by law and not in relation to the ascertainment of the existence of a prohibition or its interpretation. [Emphasis added.]

72

Il semble donc que, même si les moyens de défense fondés sur l'erreur raisonnable de fait et la diligence raisonnable peuvent s'appliquer différemment dans un contexte donné, ce ne sont, en réalité, que deux aspects de l'exigence que la négligence constitue le degré minimal de faute requis par la Constitution pour qu'un accusé puisse être emprisonné relativement à une infraction réglementaire.

73

Dans l'arrêt *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356, le juge Lamer a précisé davantage le contenu des moyens de défense fondés sur la diligence raisonnable et l'erreur raisonnable de fait. Cet arrêt portait sur une accusation de trafic d'une drogue d'usage restreint en contravention du par. 42(1) de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27. L'accusé avait fabriqué une substance chimique qui, lorsqu'il a commencé à la fabriquer, ne figurait pas à l'annexe H de la liste des drogues d'usage restreint de la Loi. Cependant, la drogue a, par la suite, été ajoutée par voie de règlement à la liste des substances prohibées, et l'accusé a alors été accusé de trafic. Au cours d'un voir-dire, l'accusé a présenté des éléments de preuve pour établir qu'il avait vraiment fait preuve de diligence raisonnable en tentant de savoir si la substance chimique figurait sur la liste des substances prohibées; devant notre Cour, il a soutenu que l'arrêt *Sault Ste-Marie* lui permettait d'éviter d'être déclaré coupable en invoquant ce moyen de défense. Notre Cour a confirmé, à l'unanimité, la déclaration de culpabilité prononcée en première instance. Ce faisant, le juge Lamer affirme ce qui suit, à la p. 364, relativement à la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense:

Il me paraît évident que nous sommes en présence d'une infraction qu'on ne doit pas considérer comme une infraction de responsabilité absolue et que, par conséquent, un accusé peut invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Mais je j'empresse d'ajouter que l'arrêt *Sault Ste-Marie* parle de la défense de diligence raisonnable par rapport à l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi et non par rapport aux recherches sur l'existence d'une interdiction ou sur son interprétation. [Je souligne.]

74

As Lamer J. rightly indicated, the defence of due diligence obviously does not extend to efforts to ascertain the existence of a statutory prohibition or its interpretation, since that would amount to a conflict with s. 19 of the *Criminal Code*, which codified the fundamental common law principle that ignorance of the law is no excuse for breaking the law. Section 19 reads:

19. Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence.

75

This Court has nevertheless recognized that ignorance of a law may excuse, but only if the knowledge that one's actions are contrary to law is itself part of the *mens rea* of the offence. In *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941, we considered the *mens rea* for the offence of wilfully failing or refusing to comply with a probation order contrary to s. 666(1) of the *Criminal Code*. The probation order required the accused to "keep the peace and [to] be of good behaviour". The question before us was whether the commission of a criminal offence was sufficient to be in breach of this order regardless of the mental element required to sustain a conviction for the underlying offence. This Court unanimously found that the *mens rea* under s. 666(1) requires that the accused knew that his actions in breaching the order were contrary to law. Otherwise, ignorance that the underlying offence was unlawful may provide a good defence to a charge under s. 666(1) notwithstanding s. 19. Wilson J.'s careful reasoning in arriving at this conclusion is worth citing at length (at pp. 960-61):

Mewett and Manning in their text, *Criminal Law* (2nd ed. 1985) discuss at p. 320 what is meant by the maxim ignorance of the law is no excuse:

It is often said that ignorance of the law is no excuse and as a general maxim — now incorporated in s. 19 of the Code — it is a harmless cliché. It is more accurate, however, to say that knowledge that one's act is contrary to the law is not one of the elements of the requisite *mens rea* and hence a mistake

Comme le juge Lamer l'indique à bon escient, il est évident que le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable ne vise pas les efforts déployés pour vérifier l'existence d'une interdiction légale ou son interprétation puisque cela serait incompatible avec l'art. 19 du *Code criminel* qui codifie le principe fondamental de common law selon lequel l'ignorance de la loi n'en excuse pas la violation. L'article 19 se lit ainsi:

19. L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.

Notre Cour a néanmoins reconnu que l'ignorance de la loi peut être une excuse, mais seulement si la connaissance de l'illégalité d'un acte fait elle-même partie de la *mens rea* de l'infraction. Dans l'arrêt *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, nous avons examiné la *mens rea* de l'infraction d'omission ou de refus volontaire de se conformer à une ordonnance de probation en contravention du par. 666(1) du *Code criminel*. L'ordonnance de probation enjoignait à l'accusé de [TRADUCTION] «ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite». La question dont nous étions saisis était de savoir si la perpétration d'une infraction criminelle était suffisante pour violer cette ordonnance, peu importe l'élément moral nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction sous-jacente. Notre Cour a statué, à l'unanimité, que la *mens rea* visée au par. 666(1) exige que l'accusé ait su que les actions qu'il a accomplies en violant l'ordonnance en question, étaient illégales. Sinon, l'ignorance de l'illégalité de l'infraction sous-jacente peut constituer un moyen de défense valable relativement à une accusation fondée sur le par. 666(1), et ce, nonobstant l'art. 19. Les motifs fort bien étayés du juge Wilson sont à retenir (aux pp. 960 et 961):

Mewett et Manning dans leur ouvrage, *Criminal Law* (2^e éd. 1985) analysent, à la p. 320, la signification de la maxime portant que nul n'est censé ignorer la loi:

[TRADUCTION] On dit souvent que nul n'est censé ignorer la loi et qu'à titre de maxime générale — qui fait maintenant partie de l'art. 19 du Code — il s'agit d'un cliché anodin. Toutefois, il est plus précis de dire que le fait de savoir qu'un acte est contraire à la loi n'est pas un des éléments de la *mens rea* nécessaire

as to what the law is does not operate as a defence. That is to say, this belief that an act is lawful, however much it might affect sentence, does not affect liability.

While I agree with the authors' general proposition I believe that where the commission of a criminal offence is relied on as the *actus reus* of the offence under s. 666(1) . . . , knowledge that one's act is contrary to law . . . is an element of the requisite *mens rea* of wilfully failing to comply with a probation order. I believe, in other words, that s. 666(1) constitutes an exception to the general rule expressed in s. 19 in a case where the commission of a criminal offence is relied on as the *actus reus* under the section. An accused cannot have wilfully breached his probation order through the commission of a criminal offence unless he knew that what he did constituted a criminal offence. However, the conviction is evidence of the *mens rea* under s. 666(1) only to the extent that wilfulness can be inferred from the *actus reus* as indicated above. Such *mens rea* must be proved and s. 19 of the *Criminal Code* does not preclude the respondent from relying on his honest belief that he was not doing anything wrong to negate its presence. Where knowledge is itself a component of the requisite *mens rea*, the absence of knowledge provides a good defence. [Emphasis in original.]

This exception to the ignorance of the law rule has also been recognized in the United States, where it has been stated as the principle that "ignorance or mistake of fact or law is a defense when it negatives the existence of a mental state essential to the crime charged" (W. R. LaFave and A. W. Scott, Jr., *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, at p. 575). Another way of formulating this exception is simply to say that ignorance of the law is an excuse if Parliament or a legislature has provided that it is an excuse (LaFave and Scott, *supra*, at p. 585, footnote 55).

The fundamental principle that ignorance of the law is not an excuse for breaking the law was recently reaffirmed by Lamer C.J. in *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339. The essential facts for present

et, ainsi, une erreur sur ce que prescrit la loi ne constitue pas un moyen de défense. En d'autres termes, quelle que soit son importance à l'égard de la peine, la croyance qu'un acte est légitime n'influe pas sur la responsabilité.

Bien que je souscrive à la proposition générale des auteurs, je suis d'avis que lorsqu'on fait valoir que la perpétration d'une infraction criminelle constitue l'*actus reus* de l'infraction visée au par. 666(1) [. . .], le fait de savoir que l'acte qu'on a accompli est contraire à la loi [. . .] constitue un élément de la *mens rea* nécessaire en ce qui a trait à l'omission volontaire de se conformer à une ordonnance de probation. En d'autres termes, je suis d'avis que le par. 666(1) constitue une exception à la règle générale exprimée à l'art. 19 dans un cas où la perpétration d'une infraction criminelle est invoquée comme étant l'*actus reus* visé à l'article. Un accusé ne peut avoir volontairement violé les conditions de son ordonnance de probation par la perpétration d'une infraction criminelle à moins qu'il n'ait su que ce qu'il faisait constituait une infraction criminelle. Cependant, la déclaration de culpabilité ne constitue une preuve de la *mens rea* visée au par. 666(1) que dans la mesure où l'existence du caractère volontaire peut se déduire de l'*actus reus*, tel qu'indiqué plus haut. Cette *mens rea* doit être prouvée et l'art. 19 du *Code criminel* n'empêche pas l'intimé d'invoquer sa croyance sincère qu'il ne faisait rien de mal pour nier son existence. Lorsque la connaissance constitue elle-même une composante de la *mens rea* nécessaire, l'absence de cette connaissance fournit un moyen de défense valable. [Souligné dans l'original.]

Cette exception à la règle de l'ignorance de la loi a également été reconnue aux États-Unis où elle est exprimée ainsi: [TRADUCTION] «l'ignorance ou l'erreur de fait ou de droit constitue un moyen de défense lorsqu'elle exclut l'existence d'un état mental essentiel au crime reproché» (W. R. LaFave et A. W. Scott, Jr., *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, à la p. 575). Une autre façon de formuler cette exception consiste tout simplement à affirmer que l'ignorance de la loi est une excuse si le législateur fédéral ou provincial a prévu que c'est une excuse (LaFave et Scott, *op. cit.*, à la p. 585, renvoi 55).

Le principe fondamental voulant que l'ignorance de la loi n'en excuse pas la violation a récemment été réitéré par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339.

76

77

purposes are as follows. A member of the Canadian Armed Forces tendered her resignation in writing to her Commander the day before she was obliged to begin a new posting. She did not report to that posting. She was charged with being absent without leave contrary to s. 90 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, since s. 23 of the Act provided that a person's enrolment in the Armed Forces "binds the person to serve in the Canadian Forces until the person is, in accordance with regulations, lawfully released". Notwithstanding her resignation, the accused had not been lawfully released under s. 23. While the accused did not argue that her purported resignation was lawfully effective, she did claim that she honestly believed that she had resigned from the Forces and thus that she did not possess the requisite *mens rea* for the offence under s. 90 of being absent without leave. Speaking for the unanimous Court on this point, Lamer C.J. observed (at p. 346):

Even if we take the appellant's assertions about her beliefs at face value, she did not labour under any mistake about what she in fact did: she deliberately refrained from reporting to her new posting in Ottawa. Instead, she was mistaken about the legal consequences of her actions, because of her failure to understand that she was under a continuing legal obligation to report for duty notwithstanding her purported resignation by letter from the Forces. Thus, while she may not have intended to commit any offence under military law, this lack of intention flowed from her mistake as to the continuing legal obligation to report for duty which that regime imposed upon her until properly released . . .

It is a principle of our criminal law that an honest but mistaken belief in respect of the legal consequences of one's deliberate actions does not furnish a defence to a criminal charge, even when the mistake cannot be attributed to the negligence of the accused: *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356. This Court recently reaffirmed in *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941, at p. 960, the principle that knowledge that one's actions are contrary to the law is not a component of the *mens rea* for an offence, and consequently does not operate as a defence. [Emphasis added.]

Pour les fins qui nous intéressent, en voici les faits essentiels. Un membre des Forces armées canadiennes avait remis sa démission par écrit la veille du jour où elle devait entreprendre de nouvelles fonctions. Elle ne s'est pas présentée à son nouveau poste. Elle a été accusée d'absence sans permission contrairement à l'art. 90 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, puisque l'art. 23 de cette loi prévoyait qu'une personne enrôlée dans les Forces armées «est obligée d'y servir jusqu'à ce qu'elle en soit légalement libérée, en conformité avec les règlements». En dépit de sa démission, l'accusée n'avait pas été légalement libérée au sens de l'art. 23. Bien que l'accusée n'ait pas soutenu que ce qui était censé être sa démission des Forces canadiennes avait un effet sur le plan juridique, elle a prétendu qu'elle croyait sincèrement avoir démissionné des Forces et que, de ce fait, elle n'avait pas la *mens rea* requise pour l'infraction d'absence sans permission visée à l'art. 90. Le juge en chef Lamer fait remarquer, au nom de notre Cour à l'unanimité (à la p. 346):

Même si nous acceptons telles quelles les affirmations de l'appelante au sujet de ce qu'elle croyait, ce n'est pas par erreur qu'elle a fait ce qu'elle a fait: elle s'est abstenue délibérément de se présenter à son nouveau poste à Ottawa. Son erreur a plutôt porté sur les conséquences juridiques de ses actes, parce qu'elle n'a pas compris qu'elle était toujours légalement tenue de se présenter à son poste, nonobstant ce qui était censé être sa démission écrite des Forces. Ainsi, bien qu'il se puisse qu'elle n'ait pas eu l'intention de commettre une infraction au droit militaire, cette absence d'intention résulte de son erreur quant à l'obligation juridique, qui lui incombait toujours de se présenter à son poste, que ce régime lui imposait jusqu'à ce qu'elle soit dûment libérée . . .

Un principe de notre droit criminel veut qu'une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques d'actes délibérés ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle, même si l'erreur ne peut être attribuée à la négligence de l'accusé: *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356. Récemment, dans l'arrêt *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, à la p. 960, notre Cour a réaffirmé le principe que le fait de savoir que les actes qu'on accomplit sont contraires à la loi ne constitue pas un élément de la *mens rea* d'une infraction et ne peut donc pas servir de moyen de défense. [Je souligne.]

It is thus evident that the principle that ignorance of the law is not an excuse for breaking the law remains firmly rooted in Canadian law.

The above discussion can be summarized as follows. An offence of strict liability requires the minimal mental element of negligence in order to ground a conviction. Negligence consists in an unreasonable failure to know the facts which constitute the offence, or the failure to be duly diligent to take steps which a reasonable person would take. Since ignorance of the law is not an excuse for breaking the law, due diligence consists in taking steps to fulfil a duty imposed by law and not in the ascertainment of the existence of a statutory prohibition or its interpretation. Exceptionally, where knowledge that conduct is prohibited is itself part of the *mens rea*, the absence of knowledge provides a good defence.

Given this understanding of the relationship between the defence of due diligence and the principle that ignorance of the law is not an excuse for breaking the law, I now consider whether the impugned provisions provide for the constitutionally minimum fault of negligence required for a strict liability offence.

D. *Application to the British Columbia Motor Vehicle Act*

In my view, the impugned provisions do allow for the defences of reasonable mistake of fact and due diligence, and accordingly, the *prima facie* characterization of this public welfare legislation as being of strict liability is confirmed.

Section 92 creates the 12-month driving prohibition which is effective automatically and without notice upon conviction of one of the underlying offences. The factual element comprising the *actus reus* consists in the driving of a motor vehicle having previously been convicted of one of the underlying offences. Since there is no *mens rea* speci-

Il est donc évident que le principe voulant que l'ignorance de la loi n'en excuse pas la violation demeure un principe fermement enraciné en droit canadien.

L'analyse qui précède peut se résumer ainsi. Une infraction de responsabilité stricte exige l'élément moral minimal de la négligence pour justifier une déclaration de culpabilité. La négligence consiste en l'ignorance déraisonnable des faits constitutifs de l'infraction, ou en l'omission de faire preuve de diligence raisonnable en prenant des mesures que prendrait une personne raisonnable. Puisque l'ignorance de la loi n'en excuse pas la violation, la diligence raisonnable consiste à prendre des mesures pour s'acquitter d'une obligation imposée par la loi et non pas à vérifier l'existence d'une interdiction légale ou son interprétation. Exceptionnellement, si la connaissance que la conduite est prohibée fait elle-même partie de la *mens rea*, l'absence de connaissance constitue un moyen de défense valable.

Compte tenu de cette interprétation du rapport entre le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable et le principe voulant que l'ignorance de la loi n'en excuse pas la violation, je vais maintenant examiner si les dispositions attaquées prévoient le degré minimal de faute de négligence requis par la Constitution relativement à une infraction de responsabilité stricte.

D. *Application à la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*

À mon avis, les dispositions attaquées permettent d'invoquer les moyens de défense fondés sur l'erreur raisonnable de fait et la diligence raisonnable. Ceci confirme que cette loi visant le bien-être public est de responsabilité stricte comme elle paraissait l'être à première vue.

L'article 92 prévoit une interdiction de conduire pendant une période de 12 mois, qui prend effet automatiquement et sans préavis sur déclaration de culpabilité relativement à l'une des infractions sous-jacentes. L'élément factuel de l'*actus reus* est la conduite d'un véhicule à moteur alors qu'on a auparavant été déclaré coupable de l'une des

78

79

80

81

82

fied, it must be inferred from the *actus reus*. And because this is a regulatory offence, under *Sault Ste. Marie*, the *mens rea* consists in negligence in relation to any of the elements of the *actus reus*, but not in relation to the existence of this statutory prohibition or its interpretation, since that would be ignorance or mistake of law. Consequently, a person charged with driving while under a statutory prohibition can avoid conviction if he demonstrates, on the preponderance of the evidence, that he made a reasonable mistake of fact as to the existence of his conviction, or that he exercised due diligence to ascertain whether he had been convicted of one of the underlying offences.

infractions sous-jacentes. Puisque la disposition ne prévoit pas de *mens rea*, la *mens rea* doit s'inférer de l'*actus reus*. Puisqu'il s'agit d'une infraction réglementaire, selon l'arrêt *Sault Ste-Marie*, la *mens rea* est la négligence relative à l'un des éléments de l'*actus reus*, mais non relative à l'existence de cette interdiction légale ou à son interprétation, puisqu'il s'agirait alors d'une ignorance de la loi ou d'une erreur de droit. En conséquence, une personne accusée d'avoir conduit alors que la loi lui interdisait de le faire peut éviter d'être déclarée coupable en établissant, selon la prépondérance de la preuve, qu'elle a commis une erreur raisonnable de fait relativement à l'existence de sa déclaration de culpabilité, ou qu'elle a fait preuve de diligence raisonnable pour vérifier si elle avait été déclarée coupable de l'une des infractions sous-jacentes.

83 This is not, I grant, the most extensive range of available defences, but it nevertheless amply satisfies what is constitutionally required. Defences are available in relation to all the factual elements of the *actus reus*, and this adequately meets the minimal constitutional requirement of fault for a public welfare or regulatory offence such as driving while under a statutory prohibition. Accordingly, ss. 92 and 94(1) of the *Motor Vehicle Act* are entirely consistent with s. 7 of our *Charter*.

Il ne s'agit pas, je l'admets, du plus vaste éventail de moyens de défense possible, mais il satisfait néanmoins amplement aux exigences de la Constitution. Les moyens de défense peuvent être invoqués relativement à tous les éléments factuels de l'*actus reus*, et ceci satisfait de façon appropriée à l'exigence minimale de faute, prévue par la Constitution, pour une infraction réglementaire ou visant le bien-être public, comme la conduite d'un véhicule alors que la loi l'interdit. En conséquence, l'art. 92 et le par. 94(1) de la *Motor Vehicle Act* sont entièrement compatibles avec l'art. 7 de notre *Charte*.

84 It is interesting to observe that Southin J.A. in *R. v. Heywood* (1992), 77 C.C.C. (3d) 502 (B.C.C.A.), anticipated the characterization of the impugned offence as being of strict liability. She said, at pp. 522-23:

Il est intéressant de faire remarquer que le juge Southin avait, dans l'arrêt *R. c. Heywood* (1992), 77 C.C.C. (3d) 502 (C.A.C.-B.), prévu qu'une infraction comme celle attaquée en l'espèce constituerait une infraction de responsabilité stricte. Voici ce qu'elle affirme, aux pp. 522 et 523:

If Parliament were to enact that a person convicted of impaired driving should not thereafter drive a motor car or that a person convicted of robbing a bank should not thereafter enter a bank, in both cases on pain of imprisonment, would Parliament be enacting a crime of absolute liability?

[TRADUCTION] Si le législateur fédéral devait décréter qu'il est interdit à une personne déclarée coupable de conduite avec facultés affaiblies de conduire un véhicule à moteur, ou à une personne déclarée coupable de vol de banque de pénétrer dans une banque, sous peine d'emprisonnement dans les deux cas, se trouverait-il alors à créer un crime de responsabilité absolue?

[T]he *actus* is driving, having been earlier convicted of the named offence. The necessary intent would consist of the knowledge of the conviction and the conscious driving of the motor vehicle. In my opinion, Parliament, if it were to enact the crimes I have mentioned, would not be creating crimes of absolute liability There was a time in Canada when the possession of opium was lawful. When Parliament first made the possession of opium unlawful, it did not create a crime of absolute liability.

It is evident, then, that I disagree with Cory J.'s conclusion that a defence of due diligence is not available in relation to the impugned offence. Cory J. comes to this conclusion because he finds that the only defence effectively available to an accused who has been charged with driving while under a statutory prohibition is his ignorance of the fact that his licence has been suspended by the provisions of a provincial statute; but since this is mistake or ignorance of the law, it is not an available excuse. Furthermore, Cory J. suggests two examples to illustrate his claim that a due diligence defence is unavailable. In both examples, he suggests that an accused who is prohibited under a court order from driving for any period less than 12 months for having committed one of the underlying offences may be misled into believing that he is entitled to drive after the expiry of that prohibition, since he has had no notice of the continuing automatic prohibition effective by virtue of ss. 92 and 94(1). He suggests that such a person would be liable to conviction "despite his honest and reasonable belief as a lay person that the total sentence imposed by the court was a fine and a suspension of his licence for a period of" less than 12 months (at para. 43).

I agree that Cory J.'s examples are within the realm of possibility, and also that there may be a sense in which they can be considered as giving rise to some unfairness. But if this is so, it is an unfairness which our legal system has long countenanced in refusing to allow ignorance of the law to

[L]'*actus* est le fait de conduire après avoir été déclaré coupable de l'infraction visée. L'intention nécessaire serait la connaissance de la déclaration de culpabilité et la conduite délibérée du véhicule à moteur. À mon avis, le législateur fédéral, s'il créait les crimes dont je viens de parler, ne créerait pas des crimes de responsabilité absolue [. . .] À une certaine époque au Canada, la possession de l'opium était légale. Lorsque le législateur a initialement rendu illégale la possession de l'opium, il n'a pas créé un crime de responsabilité absolue.

Il est donc évident que je ne suis pas d'accord avec la conclusion du juge Cory, selon laquelle il n'est pas possible d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense relativement à l'infraction attaquée. Le juge Cory arrive à cette conclusion parce que, selon lui, le seul moyen de défense que peut invoquer une personne accusée d'avoir conduit alors que la loi lui interdisait de le faire est son ignorance du fait que son permis avait été suspendu en vertu d'une loi provinciale; cependant, puisqu'il s'agit là d'une erreur de droit ou d'une ignorance de la loi, ce n'est pas une excuse possible. De plus, le juge Cory donne deux exemples pour établir qu'il n'est pas possible en l'espèce d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Dans ces deux cas, il laisse entendre qu'un accusé, à qui il est interdit, en vertu d'une ordonnance judiciaire, de conduire pendant une période de moins de 12 mois en raison de la perpétration de l'une des infractions sous-jacentes, pourrait croire à tort qu'il a le droit de conduire à l'expiration de cette période puisqu'il n'a reçu aucun avis de l'interdiction automatique qui continue de s'appliquer en vertu de l'art. 92 et du par. 94(1). À son avis, une telle personne serait susceptible d'être déclarée coupable «même si, en tant que non-juriste, [elle] croyait sincèrement et pour des motifs raisonnables que toute la sentence imposée par la cour consistait en une amende et en une suspension de permis» pour une période de moins de 12 mois (au par. 43).

J'admets que les exemples du juge Cory sont possibles et qu'ils peuvent, dans un sens, être considérés comme suscitant une certaine injustice. Cependant, si tel est le cas, c'est une injustice que notre système juridique entérine depuis longtemps en refusant de permettre que l'ignorance de la loi

serve as a valid excuse. As a matter of principle, it is no more unfair to convict the accused in this case than it was in *Molis, supra*, for the trafficking of a substance he honestly and reasonably believed was not prohibited, or to disallow the accused in *Forster, supra*, from relying on her letter of resignation to demonstrate that she lacked the intent for being absent without leave.

87 Of course, this is not to say that ignorance of the law cannot be successfully pleaded as a factor in mitigation of sentence (C. Ruby, *Sentencing* (4th ed. 1994), at p. 196). In such a case, it may well be appropriate to sentence an offender to the minimum fine of \$300 and to seven days' imprisonment under s. 92(1)(c) of the *Motor Vehicle Act*.

88 Finally, I note that the appellant raised the possibility that a driver whose license is suspended and who is prohibited from driving by operation of law may also be able to avail himself of the defence of "officially induced error". This defence was not raised here and has yet to be formally recognized by this Court, though it was referred to in *obiter* by Ritchie J. in *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605, at p. 613, by Lamer C.J. in *Forster, supra*, at p. 346, and by myself in dissent in *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, at p. 947. (See also D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at pp. 312-21, and *Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at pp. 382-84; and for a summary of the American position, see LaFave and Scott, *supra*, at pp. 591-95.) Assuming without deciding that such a defence would be available if an accused were misled by the Superintendent of Motor Vehicles or by some other official responsible for the administration of the *Motor Vehicle Act*, such a defence would not demonstrate absence of negligence in relation to the *actus reus* of driving while under a statutory prohibition, but rather would be an additional defence thereto, operating as an exception to the rule that ignorance of the law does not excuse. As a result, the potential availability of such a defence does not assist in

puisse servir d'excuse valide. En principe, il n'est pas plus injuste de déclarer l'accusé coupable en l'espèce que ce ne l'était dans l'arrêt *Molis*, précité, relativement au trafic d'une substance que l'accusé croyait sincèrement et raisonnablement non prohibée, ou de ne pas permettre à l'accusée, dans l'arrêt *Forster*, précité, de se fonder sur sa lettre de démission pour établir qu'elle n'avait pas l'intention de s'absenter sans permission.

Certes, cela ne veut pas dire que l'on ne peut pas invoquer l'ignorance de la loi comme facteur d'atténuation de la peine (C. Ruby, *Sentencing* (4^e éd. 1994), à la p. 196). Dans un tel cas, il pourrait bien être approprié de condamner un contrevenant à l'amende minimale de 300 \$ et à sept jours d'emprisonnement en vertu de l'al. 92(1)c) de la *Motor Vehicle Act*.

Enfin, je remarque que l'appelante a soulevé la possibilité qu'un conducteur dont le permis est suspendu et à qui il est interdit de conduire par application de la loi peut également invoquer le moyen de défense fondé sur «l'erreur provoquée par les autorités» («officially induced error»). Ce moyen de défense, qui n'a pas été invoqué en l'espèce, n'a pas encore été officiellement reconnu par notre Cour, mais le juge Ritchie en a parlé de façon incidente dans l'arrêt *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605, à la p. 613, ainsi que le juge en chef Lamer, dans l'arrêt *Forster*, précité, à la p. 346, et moi-même, dans mes motifs de dissidence dans l'arrêt *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, à la p. 947. (Voir aussi D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995), aux pp. 312 à 321, et *Mewett & Manning on Criminal Law* (3^e éd. 1994), aux pp. 382 à 384; et pour un résumé de la position américaine, voir LaFave et Scott, *op. cit.*, aux pp. 591 à 595.) À supposer sans en décider qu'un tel moyen de défense pourrait être invoqué si un accusé était induit en erreur par le surintendant des véhicules à moteur ou par quelque autre fonctionnaire responsable de l'application de la *Motor Vehicle Act*, ce moyen de défense n'établirait pas l'absence de négligence relativement à l'*actus reus* de la conduite d'un véhicule à moteur alors que la loi l'interdit, mais constituerait plutôt un moyen de défense additionnel, applicable

the characterization of the impugned provisions as being of strict liability.

E. *Consistency with Earlier Rulings of this Court*

Before addressing Cory J.'s discussion on how the alleged constitutional defects in the impugned provisions can be cured, it is important to offer a few words on the relationship between my finding that the impugned offence is of strict liability and this Court's rulings in the pre-*Charter* cases of *Prue*, *supra*, and *MacDougall*, *supra*.

First, in *Prue*, the accused were charged under the *Criminal Code* with driving while their licenses were suspended under provincial law. The provincial suspensions had been automatic under the *Motor Vehicle Act* of British Columbia, and the trial judge made findings of fact that neither accused knew that his license to drive had been suspended. The issue before the Court concerned whether the *Criminal Code* offence of driving while prohibited "by reason of the legal suspension or cancellation" of the accused's licenses to drive required proof of *mens rea*. The Crown had argued that the accused could not plead their ignorance of the automatic provincial suspension, since that would be ignorance of the law, an argument which was unavailable in light of s. 19 of the *Criminal Code*.

Speaking with the concurrence of three other justices, Laskin C.J. noted that the effect of this argument would make the offence "an offence of absolute liability where the provincial suspension of a driving licence is automatic under the provincial enactment (proof of such suspension being made), but not if the provincial suspension does not take effect without a requirement of notice" (p. 552). He stated that this would have the undesirable consequence of giving a *Criminal Code*

comme une exception à la règle voulant que l'ignorance de la loi ne soit pas une excuse. La possibilité d'invoquer un tel moyen de défense ne permet pas pour autant de qualifier les dispositions attaquées comme étant de responsabilité stricte.

E. *Compatibilité avec la jurisprudence antérieure de notre Cour*

Avant d'examiner l'analyse par le juge Cory des moyens de remédier aux prétendus vices constitutionnels des dispositions attaquées, il y a lieu de situer brièvement ma conclusion que l'infraction attaquée est de responsabilité stricte par rapport aux arrêts *Prue* et *MacDougall*, précités, que notre Cour a rendus antérieurement à la *Charte*.

Premièrement, dans l'arrêt *Prue*, les accusés avaient été inculpés, en vertu du *Code criminel*, de conduite d'un véhicule à moteur alors que leur permis était suspendu en vertu d'une loi provinciale. Les suspensions de permis avaient pris effet automatiquement en vertu de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique, et le juge du procès avait tiré la conclusion de fait que ni l'un ni l'autre des accusés ne savait que son permis de conduire avait été suspendu. Il s'agissait pour notre Cour de déterminer si la preuve de la *mens rea* était requise pour l'infraction, prévue par le *Code criminel*, de conduite d'un véhicule à moteur alors qu'il y avait interdiction de conduire «en raison de la suspension ou annulation légale» du permis des accusés. Le ministère public avait soutenu que les accusés ne pouvaient invoquer l'ignorance de la suspension automatique en vertu de la loi provinciale, puisque cela reviendrait à invoquer l'ignorance de la loi, ce qui n'est pas possible en raison de l'art. 19 du *Code criminel*.

Avec l'appui de trois autres juges, le juge en chef Laskin a fait remarquer que cet argument ferait de l'infraction «une infraction de responsabilité absolue si la suspension du permis de conduire [était] automatique en vertu de la loi provinciale (preuve étant faite de cette suspension), mais non si un avis de la suspension provinciale [devait] être donné pour que celle-ci entre en vigueur» (p. 552). Il a affirmé que cela aurait comme conséquence non souhaitable de créer une infraction au *Code*

89

90

91

offence a variable effect across the country contingent on the character of the relevant provincial legislation. He also observed that the very fact of inclusion in the *Criminal Code* ought to import a requirement of *mens rea* for the offence of driving while prohibited. Consequently, he found that for the purposes of the *Criminal Code* ignorance of a suspension under provincial legislation was a mistake of fact, a position he thought to be unaffected by (at p. 553):

... whether the provincial legislation operates to make a suspension automatic or whether it arises only upon some notice or other action to be taken thereunder. For the purpose of the *Criminal Code*, whether there has been an effective suspension is simply a question of fact.

92

Ritchie J., dissenting with the concurrence of one other justice, did not accept this distinction between federal and provincial mistakes of law. He found that the *Criminal Code* offence of driving while prohibited was a strict liability offence with an available defence of due diligence. However, such a defence would not operate in relation to the fact of suspension since this took effect automatically by operation of provincial law rather than under the discretionary authority of the Superintendent of Motor Vehicles. Ritchie J. would have upheld the conviction because he found, at p. 559, that there was:

... no evidence that either of the respondents made any effort to determine whether their licences had been suspended or not and this is not a case involving ignorance of some regulation or technicality which might have been understandably unknown to the driving public and thus to the respondents.

93

Beetz J. also dissented. He stated that he did not believe it necessary to express an opinion on whether the offence was a *mens rea* offence or one of strict liability, but assuming it was a *mens rea* offence, the culpable intent could be "inferred from the nature of the act committed and cannot be

criminel dont l'effet varierait, d'une province à l'autre du pays, selon les particularités de la loi provinciale pertinente. Il a aussi précisé que la seule inclusion d'une infraction dans le *Code criminel* devait être interprétée comme introduisant une exigence de *mens rea* pour l'infraction de conduite d'un véhicule en période d'interdiction. En conséquence, il a conclu que, pour les fins du *Code criminel*, l'ignorance d'une suspension en vertu d'une loi provinciale était une erreur de fait, opinion qui, selon lui, ne peut varier (à la p. 553):

... selon que la loi provinciale agit de manière à opérer une suspension automatique ou selon qu'un avis ou une autre démarche prévue par la loi doit précéder la suspension. Aux fins d'application du *Code criminel*, savoir s'il y a eu une suspension réelle est une simple question de fait.

Le juge Ritchie, dissident avec l'appui d'un autre juge, n'a pas accepté cette distinction entre une erreur de droit en vertu d'une loi fédérale et une erreur de droit en vertu d'une loi provinciale. Il a statué que l'infraction, prévue au *Code criminel*, de conduite d'un véhicule en période d'interdiction était une infraction de responsabilité stricte à l'égard de laquelle la diligence raisonnable pouvait être invoquée comme moyen de défense. Cependant, un tel moyen de défense ne s'appliquerait pas relativement à la suspension de permis étant donné qu'elle a pris effet automatiquement par application d'une loi provinciale, plutôt qu'en vertu du pouvoir discrétionnaire du surintendant des véhicules à moteur. Le juge Ritchie aurait confirmé la déclaration de culpabilité pour le motif suivant (à la p. 559):

Aucune preuve n'établit que l'un ou l'autre des intimés a cherché à savoir si son permis avait été suspendu et il ne s'agit pas d'un cas d'ignorance compréhensible de quelque règlement ou formalité de la part de l'ensemble des conducteurs et, partant, des intimés.

Le juge Beetz était lui aussi dissident. Il a précisé qu'il n'était pas nécessaire, à son avis, de se prononcer sur la question de savoir si l'infraction en cause était une infraction exigeant la *mens rea* ou une infraction de responsabilité stricte; cependant, il a affirmé qu'en supposant qu'il s'agissait

negated by the accused's ignorance of the law" (p. 560). Interestingly, he then added, at p. 560, the following important comments:

Respondents had knowledge of the fact that caused the suspension of their licences, namely their convictions for offences as a result of which such suspension took place automatically, *ipso facto*. I agree with my brother Ritchie that their ignorance of this result was an ignorance of the law which is no excuse and cannot be considered as a defence.

It is important to note that since the *Criminal Code* offence did not expressly require that the accused drive with knowledge of the prohibition enacted under provincial law, that offence cannot come within the narrow exception to s. 19 recently recognized by this Court in *Docherty*, *supra*.

In the case of *MacDougall*, *supra*, the Court again considered the characterization of the offence of driving while under a statutory prohibition, this time under s. 258(2) of the *Nova Scotia Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1967, c. 191, which read:

258. . . .

(2) A person shall not drive a motor vehicle while his license or privilege of obtaining a license is cancelled or suspended under this Act.

The accused's driving privileges had been suspended by the provincial Registrar of Motor Vehicles after he had been convicted of a driving related criminal offence. The accused received notice of his license suspension. However, he appealed his conviction and a notice of re-instatement of his driving privileges was sent to him. His appeal was dismissed, and soon thereafter his lawyer advised him of this, a fact which Ritchie J. stated was "of particular importance in this case" (p. 609). The accused continued to drive, and was duly charged with driving while prohibited under

d'une infraction exigeant la *mens rea*, on pouvait «conclure à l'existence de [l'intention coupable] d'après la nature de l'acte accompli et dont l'accusé ne peut nier l'existence en invoquant l'ignorance de la loi» (p. 560). Il est intéressant de noter qu'il a ajouté les importants commentaires suivants, à la p. 560:

Les intimés connaissaient le fait qui a entraîné la suspension de leur permis de conduire, soit leur déclaration de culpabilité suite à des infractions entraînant automatiquement, *ipso facto*, une telle suspension. Comme mon collègue le juge Ritchie, je suis d'avis que leur ignorance de ce résultat était une ignorance de la loi, ce qui n'est pas une excuse et ne peut être considéré comme une défense.

Il importe de souligner que, puisque l'infraction au *Code criminel* n'exigeait pas explicitement que l'accusé soit au courant, au moment où il conduit, de l'interdiction imposée en vertu de la loi provinciale, cette infraction ne peut être visée par l'exception restreinte à l'application de l'art. 19, que notre Cour a récemment reconnue dans l'arrêt *Docherty*, précité.

Dans l'arrêt *MacDougall*, précité, notre Cour a de nouveau examiné la qualification de l'infraction de conduite d'un véhicule alors que la loi l'interdit, cette fois en vertu du par. 258(2) de la *Motor Vehicle Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, ch. 191, qui se lisait ainsi:

[TRADUCTION] 258. . . .

(2) Nul ne doit conduire un véhicule à moteur lorsque son permis ou son droit d'obtenir un permis a été révoqué ou suspendu en vertu de la présente loi.

Les droits de conducteur de l'accusé avaient été suspendus par le registraire provincial des véhicules à moteur après qu'il eut été reconnu coupable d'avoir commis une infraction criminelle relative à la conduite d'un véhicule automobile. L'accusé avait été avisé de la suspension de son permis. Cependant, il a interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité et on lui a fait parvenir un avis de rétablissement de ses droits de conducteur. Son appel a été rejeté et, peu après, son avocat l'a informé du rejet, fait qui, selon le juge Ritchie, était «particulièrement important en l'espèce»

provincial law. He only received notice by mail of the revocation of his license as a result of losing his appeal on the evening of the day for which he was charged.

96 Unfortunately for the accused, s. 250(3) of the Act stipulated that a driver's license is automatically "revoked and shall remain revoked" if the appeal was "dismissed". Speaking for the unanimous Court, Ritchie J. stated, at p. 614, that "[i]t would be difficult to conceive of more clear or imperative language" than this. He observed that "[t]he failure to appreciate the legal duty imposed by that law is of no solace to the appellant".

97 It is important to recognize that in determining the appropriate *mens rea* under s. 258(2), Ritchie J. classified the statute as public welfare legislation within the *Sault Ste. Marie* scheme of offences. He accordingly noted that a defence was "available to the accused if he 'reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render' his act in continuing to drive his motor vehicle without a licence, an innocent one" (p. 608). It was in this context that Ritchie J. spoke of the "particular importance" of the fact that the accused knew that his appeal had been dismissed. Curiously, in concluding his reasons Ritchie J. also stated, at p. 615:

I am of the opinion that nothing in the foregoing reasons runs counter to the decision of the Court in *Prue* and *Baril*.

98 My colleague Cory J. finds two difficulties with this Court's decision in *MacDougall*, *supra*. First, Cory J. points to its inconsistency with *Prue*; and second, since it was decided prior to the *Charter*, it did not consider the constitutionally required minimum fault component outlined by this Court in

(p. 609). L'accusé a continué de conduire son véhicule et a été formellement inculpé d'avoir conduit un véhicule alors qu'il lui était interdit de le faire en vertu de la loi provinciale. Ce n'est que dans la soirée du jour où il a été inculpé qu'il a reçu par courrier l'avis de retrait de son permis en raison du rejet de son appel.

Malheureusement pour l'accusé, le par. 250(3) de la Loi prévoyait qu'il y avait automatiquement [TRADUCTION] «retrait du permis de conduire ou du droit d'en obtenir un» si l'appel était «rejeté». S'exprimant au nom de notre Cour à l'unanimité, le juge Ritchie affirme, à la p. 614, qu'il a «peine à concevoir une disposition à la fois plus claire et plus impérative» que celle-là. Il a précisé que «[l']appelant ne peut donc s'appuyer sur son ignorance de l'obligation imposée par cette loi».

Il est important de reconnaître que le juge Ritchie a, dans la détermination de la *mens rea* appropriée en vertu du par. 258(2), qualifié la loi de loi visant le bien-être public au sens de la classification des infractions établie dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*. Il a donc fait remarquer que «l'accusé bénéficie en conséquence d'un moyen de défense s'il «croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu» innocent son acte qui consistait à continuer à conduire son véhicule à moteur sans permis de conduire» (p. 608). C'est dans ce contexte que le juge Ritchie a considéré comme «particulièrement important» le fait que l'accusé était au courant du rejet de son appel. Étrangement, dans sa conclusion, le juge Ritchie affirme aussi, à la p. 615:

J'estime que les motifs que je viens d'exposer ne sont aucunement incompatibles avec l'arrêt de la Cour *Prue* et *Baril*.

Mon collègue le juge Cory affirme que l'arrêt *MacDougall*, précité, de notre Cour présente deux difficultés. Premièrement, il précise que cet arrêt est incompatible avec l'arrêt *Prue*, et deuxièmement, puisque l'arrêt *MacDougall* a été rendu avant l'adoption de la *Charte*, il ne tient pas compte de l'élément minimal de faute requis par la Constitution, que notre Cour a exposé dans le

cases such as *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt*, *supra*.

On the first point, I agree that *MacDougall* is difficult to reconcile with the majority decision in *Prue*. But in my view, the dissent in *Prue* is better reasoned than the majority decision and more consonant with this Court's subsequent jurisprudence on mistake of law. It cannot be that ignorance of a provincial law is a mistake of fact for the purposes of applying federal law, but a mistake of law under provincial law. Furthermore, to the extent that there is inconsistency between these decisions, surely the later decision of *MacDougall* ought to govern. It was the judgment of the unanimous Court, including Laskin C.J., unlike *Prue* where the Court was divided.

On the second point, in my view *MacDougall* is completely consistent with this Court's jurisprudence on the constitutional requirement of fault. Ritchie J. considered *Sault Ste. Marie*, and was at pains to stress that the accused in *MacDougall* was entitled to the defence of due diligence for the strict liability offence of driving while prohibited by statute. He impliedly found, however, that since the accused knew that his appeal had been dismissed, he could not avail himself of the defence. Knowledge of the statutory prohibition was not itself part of the *mens rea*, since ignorance of the law is not an excuse. Consequently, Ritchie J. did indeed entertain the defence of due diligence for this regulatory offence, and this would have been sufficient to satisfy the constitutional requirement of fault mandated by s. 7 of the *Charter*.

As a result, my ruling in the case at bar is entirely consistent with *MacDougall*, which in turn is faithful to the constitutional requirement of fault.

Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B. et l'arrêt Vaillancourt, précités.

En ce qui concerne le premier point, j'admets qu'il est difficile de concilier l'arrêt *MacDougall* avec les motifs majoritaires de l'arrêt *Prue*. J'estime, cependant, que le raisonnement suivi dans les motifs de dissidence de l'arrêt *Prue* est meilleur que celui des motifs majoritaires et plus compatible avec les arrêts subséquents de notre Cour relativement à l'erreur de droit. L'ignorance d'une loi provinciale ne saurait constituer une erreur de fait aux fins de l'application d'une loi fédérale; il s'agit plutôt d'une erreur de droit en vertu d'une loi provinciale. De plus, si ces deux arrêts sont incompatibles, c'est sûrement l'arrêt postérieur *MacDougall* qui devrait l'emporter. Cet arrêt a été rendu par notre Cour à l'unanimité, y compris le juge en chef Laskin, contrairement à ce qui s'était produit dans l'arrêt *Prue* où la Cour était partagée.

Quant au deuxième point, l'arrêt *MacDougall* est, à mon avis, entièrement compatible avec la jurisprudence de notre Cour sur l'exigence de la faute prévue par la Constitution. Le juge Ritchie a examiné l'arrêt *Sault Ste-Marie* et pris soin de souligner que l'accusé, dans l'affaire *MacDougall*, avait le droit d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense relativement à l'infraction de responsabilité stricte de conduite d'un véhicule alors que la loi l'interdit. Cependant, il a implicitement conclu que l'accusé ne pouvait invoquer ce moyen de défense parce qu'il était au courant du rejet de son appel. La connaissance de l'interdiction légale ne faisait pas elle-même partie de la *mens rea* puisque l'ignorance de la loi n'est pas une excuse. En conséquence, le juge Ritchie a, en fait, reconnu la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense relativement à cette infraction réglementaire, et cela aurait été suffisant pour satisfaire à l'exigence constitutionnelle de faute prescrite par l'art. 7 de la *Charte*.

Par conséquent, ma décision en l'espèce est tout à fait compatible avec l'arrêt *MacDougall* qui, à son tour, est conforme à l'exigence de faute prévue par la Constitution.

99

100

101

F. *Is the Defence of Ignorance of the Law a Constitutional Requirement?*

F. *La Constitution prescrit-elle le moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi?*

102 Finally, my colleague Cory J. suggests that the alleged deficiency in the impugned provisions can be cured in two different ways. He first suggests that “[t]he legislature could readily convert this offence to one of strict liability by permitting the defence of due diligence to be raised” (para. 45). Second, he observes: “If there was any concern that those accused of the offence would defend on the basis that they had no knowledge of its effect, a provision requiring that notice be given of its consequences could be added” (para. 45). I take it that in this last passage Cory J. is referring to the legal effect and the legal consequences of being convicted of one of the underlying offences to which the 12-month prohibition attaches. With respect, I have a number of difficulties with these suggestions.

Enfin, mon collègue le juge Cory laisse entendre que l’on peut facilement remédier de deux façons au prétendu vice des dispositions attaquées. Premièrement, il laisse entendre que «[l]e législateur pourrait aisément convertir cette infraction en une infraction de responsabilité stricte en permettant d’invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense» (par. 45). Deuxièmement, il fait observer que, «[d]ans le cas où on craindrait que les personnes accusées de l’infraction en cause invoquent en défense leur ignorance de son effet, il serait possible d’ajouter une disposition exigeant qu’avis soit donné de ses conséquences» (par. 45). Je présume que, dans ce dernier passage, le juge Cory parle de l’effet en droit et des conséquences en droit d’une déclaration de culpabilité relative à l’une des infractions sous-jacentes assorties de l’interdiction de 12 mois. En toute déférence, j’éprouve un certain nombre de difficultés face à ces suggestions.

103 First, and most obviously, as I have already indicated the offence is one of strict liability with allowance made for the defences of due diligence and reasonable mistake of fact. It is open to an accused to avoid conviction by demonstrating that he reasonably believed that he had not been convicted of one of the underlying offences to which the 12-month statutory prohibition attaches, or that he exercised due diligence in seeking to acquire knowledge of the underlying conviction. The impugned provisions are therefore constitutional without any further requirements.

Premièrement, et de toute évidence, comme je l’ai déjà mentionné, il s’agit d’une infraction de responsabilité stricte qui donne ouverture aux moyens de défense fondés sur la diligence raisonnable et l’erreur raisonnable de fait. Il est loisible à un accusé d’éviter d’être déclaré coupable en prouvant qu’il avait des motifs raisonnables de croire qu’il n’avait pas été déclaré coupable de l’une des infractions sous-jacentes assorties de l’interdiction légale de 12 mois, ou encore qu’il a fait preuve de diligence raisonnable en cherchant à s’enquérir de la déclaration de culpabilité sous-jacente. Les dispositions contestées sont donc constitutionnelles comme telles.

104 That being the case, any further content of the due diligence defence that might be constitutionally compelled but is absent in this legislation remains unclear. But one is entitled to ask: what should the British Columbia legislature have provided in the impugned legislation in order to have avoided violating the *Charter*? Inasmuch as I have explained that defences are available with respect to all the factual elements of the *actus reus*, by a process of elimination one is lead to conclude that

Cela étant, on ne sait pas clairement quel élément du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable pourrait exiger la Constitution, autre que ceux que comportent les dispositions en cause. On est cependant en droit de se demander ce que la législature de la Colombie-Britannique aurait dû prévoir dans les dispositions contestées pour éviter de violer la *Charte*. Dans la mesure où, comme je l’ai expliqué, des moyens de défense peuvent être invoqués relativement à tous les éléments factuels

any further requirement would encompass a defence in relation to the existence of the relevant statutory prohibition or its interpretation. In other words, there would be a constitutional requirement for the defence of due diligence to cover an accused's ignorance or mistake of the law. If that were the case, the conclusion must be that the ignorance of the law rule no longer applies in light of s. 7 of the *Charter*.

It goes without saying that such a suggestion completely undercuts the principle that ignorance of the law is not an excuse for breaking the law. If a defence of due diligence in relation to a statutory prohibition or its interpretation is now a principle of fundamental justice, and therefore also a constitutional obligation which Parliament or a legislature must discharge when it attaches a sanction of imprisonment, I fear that as currently worded many of our criminal and regulatory statutes will be all but impossible to enforce. In short, if a defence of due diligence now comprehends a defence of ignorance of the law, I can see no reason in principle why such a constitutional requirement would be limited to the circumstances of this case.

The second difficulty which I have with Cory J.'s suggestions as to how the alleged constitutional defect in this legislation can be remedied is therefore as follows. I do not believe that the "principles of fundamental justice" under s. 7 of the *Charter* require that an accused who is charged with a regulatory offence be entitled to claim due diligence in relation to the existence of the relevant statutory prohibition or its interpretation — that is, to avail himself of the defence of ignorance of the law. The defence of due diligence does not need to be expanded to meet the exigencies of the *Charter*. Indeed, to do so would eviscerate the ignorance of the law rule and render many of our laws unenforceable. To date, our Court has refused to find that ignorance of the law is an excuse for breaking the law. Nor have we ever held that ignorance of

de l'*actus reus*, on en vient à conclure, en procédant par élimination, que toute autre exigence comprendrait un moyen de défense relativement à l'existence de l'interdiction légale pertinente ou à son interprétation. En d'autres termes, la Constitution exigerait que le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable vise l'ignorance de la loi par l'accusé ou son erreur de droit. Si tel était le cas, il faudrait conclure que la règle de l'ignorance de la loi ne s'applique plus compte tenu de l'art. 7 de la *Charte*.

Il va sans dire que pareille suggestion va complètement à l'encontre du principe que l'ignorance de la loi n'en excuse pas la violation. Si le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable relativement à une interdiction légale ou à son interprétation est maintenant un principe de justice fondamentale et constitue ainsi une obligation constitutionnelle dont le législateur fédéral ou provincial doit s'acquitter lorsqu'il y a peine d'emprisonnement, je crains que, selon leur rédaction actuelle, un grand nombre de nos lois de nature criminelle et réglementaire ne deviennent pratiquement impossibles à appliquer. Bref, si le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable englobe maintenant celui fondé sur l'ignorance de la loi, je ne vois, en principe, aucun motif de limiter aux circonstances de la présente affaire pareille exigence de la Constitution.

La seconde difficulté que j'éprouve face aux suggestions du juge Cory quant au moyen de remède au prétendu vice constitutionnel des dispositions attaquées est donc la suivante. Je ne crois pas que les «principes de justice fondamentale» au sens de l'art. 7 de la *Charte* requièrent que l'accusé inculpé d'une infraction réglementaire puisse invoquer la diligence raisonnable relativement à l'existence de l'interdiction légale pertinente ou à son interprétation — c'est-à-dire invoquer le moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi. Il n'est pas nécessaire d'élargir le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable pour respecter les exigences de la *Charte*. En fait, agir ainsi aurait pour effet d'éviscérer la règle de l'ignorance de la loi et de rendre inapplicables un bon nombre de nos lois. Jusqu'à maintenant, notre Cour a refusé de con-

105

106

the law should be viewed differently in the regulatory and criminal contexts. I respectfully suggest we refrain from doing so henceforth.

107 I would add that if the defence of due diligence has been expanded in light of s. 7 of the *Charter* to comprehend a defence of ignorance of the law, then it also appears that this Court's ruling in *Molis, supra*, has been overturned. As already indicated, in *Molis*, Lamer J. stated unambiguously that the defence of due diligence refers to "due diligence in relation to the fulfilment of a duty imposed by law and not in relation to the ascertainment of the existence of a prohibition or its interpretation" (p. 364). To my mind, *Molis* should remain good law and is indistinguishable from the case at bar. It is no more necessary, as a principle of "fundamental justice", to allow the respondent to avail himself of his ignorance of a prohibition from driving by virtue of provincial legislation of general application, than it was to allow the accused drug traffickers in *Molis* to avail themselves of their ignorance that 3-4 methylenedioxy-N-methylamphetamine had been added as a prohibited substance to Schedule H of the *Food and Drugs Act*.

108 My third difficulty with Cory J.'s reasoning is that it appears to ignore the context of the present case. The impugned prohibition is a regulatory offence incident to a licensed activity. In such a context, unique considerations inform what is fair and when an accused can be considered as being at fault. Such considerations are commonly referred to as the "licensing argument" for the distinctive legal character of regulatory offences and for justifying their different treatment from "true crimes". The licensing argument postulates that since a regulated actor voluntarily chooses to enter the regulated field, that actor can be taken to have known of and accepted certain terms and conditions of entry. Indeed, in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 229-31, Cory J.

clure que l'ignorance de la loi en excuse la violation. De plus, nous n'avons jamais statué que l'ignorance de la loi devrait être considérée différemment dans les contextes réglementaires et criminels. En toute déférence, je propose que nous nous abstenions de le faire à l'avenir.

J'ajouterais que, si le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable a été élargi, en raison de l'art. 7 de la *Charte*, de manière à inclure le moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi, alors il appert également que la décision de notre Cour dans l'arrêt *Molis*, précité, a été écartée. Comme je l'ai déjà indiqué, dans l'arrêt *Molis*, le juge Lamer précise clairement que la diligence raisonnable comme moyen de défense vise «l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi et non [les] recherches sur l'existence d'une interdiction ou sur son interprétation» (p. 364). À mon sens, l'arrêt *Molis* ne peut être distingué de la présente affaire et il y a lieu de maintenir son application. Il n'est pas plus nécessaire, à titre de principe de «justice fondamentale», de permettre à l'intimé d'invoquer son ignorance d'une interdiction de conduire en application d'une loi provinciale d'application générale qu'il ne l'est de permettre aux trafiquants de drogue accusés dans l'arrêt *Molis* d'invoquer leur ignorance que le 3,4-méthylendioxy-N-méthylamphétamine avait été ajouté à la liste des substances prohibées figurant à l'annexe H de la *Loi des aliments et drogues*.

La troisième difficulté que j'ai à accepter le raisonnement du juge Cory résulte du fait qu'il ne paraît pas tenir compte du contexte de la présente affaire. L'interdiction contestée est une infraction réglementaire accessoire à une activité autorisée en vertu d'un permis. Dans un tel contexte, des considérations particulières entrent dans l'appréciation de ce qui est juste et de l'imputation de faute à l'accusé. Ces considérations sont communément appelées «l'argument reposant sur l'acceptation des conditions ou l'autorisation réglementaire» en raison du caractère juridique distinct des infractions réglementaires et pour justifier qu'on les traite différemment des «véritables crimes». Cet argument veut que, puisque la personne assujettie à la réglementation a choisi de s'engager dans le

offered a very helpful discussion of the licensing argument. He observed (at pp. 228-29):

The licensing argument is directed to [the] question of choice. Thus, while in the criminal context, the essential question to be determined is whether the accused has made the choice to act in the manner alleged in the indictment, the regulated defendant is, by virtue of the licensing argument, assumed to have made the choice to engage in the regulated activity. The question then becomes not whether the defendant chose to enter the regulated sphere but whether, having done so, the defendant has fulfilled the responsibilities attending that decision. Professor Richardson puts the position this way in "Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research," [1987] *Crim. L.R.* 295, at pp. 295-96:

... it can be argued that the strict liability regulatory offender is not a "blameless innocent". By indulging in the regulated activity she has voluntarily adopted the risks of regulatory infraction and her supposed "innocence" flows from the law's traditional tendency to view the criminal act "only in the context of its immediate past".

The licensing concept rests on the view that those who choose to participate in regulated activities have, in doing so, placed themselves in a responsible relationship to the public generally and must accept the consequences of that responsibility. Therefore, it is said, those who engage in regulated activity should, as part of the burden of responsible conduct attending participation in the regulated field, be deemed to have accepted certain terms and conditions applicable to those who act within the regulated sphere. Foremost among these implied terms is an undertaking that the conduct of the regulated actor will comply with and maintain a certain minimum standard of care. [Emphasis added.]

In further explaining the reasons for the differential treatment of crimes and regulatory offences, Cory J. went on in *Wholesale Travel* to cite approvingly the following comments of K. R.

domaine réglementé, elle est présumée en connaître et en accepter certaines conditions d'exercice. En fait, dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, aux pp. 229 à 231, le juge Cory fait une analyse très utile de cet argument. Il dit ceci (aux pp. 228 et 229):

L'argument reposant sur l'acceptation des conditions concerne [la] question du choix. Alors que, dans le contexte pénal, la question essentielle consiste à déterminer si l'accusé a choisi d'agir de la manière alléguée dans l'acte d'accusation, la personne accusée d'une infraction réglementaire est, en vertu de l'argument fondé sur l'acceptation des conditions, présumée avoir choisi de se livrer à l'activité réglementée. Il ne s'agit donc pas de déterminer si le défendeur a choisi d'exercer l'activité réglementée mais plutôt si, ce faisant, il a assumé les responsabilités afférentes à sa décision. Le professeur Richardson explique cette position de la manière suivante dans «Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research», [1987] *Crim. L.R.* 295, aux pp. 295 et 296:

[TRADUCTION] ... on peut alléguer que la contrevenante à la réglementation de responsabilité stricte n'est pas une «innocente n'ayant rien à se reprocher». En se livrant à l'activité réglementée, elle a volontairement choisi d'accepter les risques de commettre une infraction réglementaire et son «innocence» présumée découle du fait que l'on a traditionnellement tendance en droit à ne considérer l'acte criminel «que dans le contexte de son passé immédiat».

Le concept de l'acceptation des conditions repose sur la théorie que ceux qui choisissent de se livrer à des activités réglementées ont, en agissant ainsi, établi un rapport de responsabilité à l'égard du public en général et doivent assumer les conséquences de cette responsabilité. C'est pourquoi on devrait considérer, dit-on, que ceux qui se livrent à une activité réglementée ont accepté, dans le cadre de la conduite responsable qu'ils doivent assumer en raison de leur participation au domaine réglementé, certaines conditions applicables aux personnes qui agissent dans la sphère réglementée. La plus importante de ces conditions est l'engagement de la personne assujettie à la réglementation de faire preuve dans sa conduite d'un minimum de diligence. [Je souligne.]

Pour mieux expliquer les motifs du traitement différent des crimes et des infractions réglementaires, le juge Cory poursuit, à la p. 231 de l'arrêt *Wholesale Travel*, en citant avec approbation les

Webb in “Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead” (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 419, at p. 452:

Criminal Code offences are typically but not always outright prohibitions of certain conduct, not part of a larger administrative regime which permits specified behaviour to take place under controlled circumstances. This is in direct contrast to regulatory offences, which are typically an adjunct to legal schemes permitting activities within pre-established limits and subject to certain conditions. Before a regulator will authorize a regulatee to engage in controlled activities, the regulatee must agree to abide by a set of rules, and must be found fit to carry out the regulated activity. A driver’s licence is a good example of such an arrangement. In effect, this arrangement *establishes and certifies that the regulatee knows the standards which he or she must meet, is capable of meeting them, and accepts that should his or her conduct fall below these standards, he or she may be subject to administrative actions and penalties prescribed in legislation, according to procedures which take into account the special knowledge of a regulatee.* The fact that an accused is participating in a regulated activity and has met the initial “entrance requirements” leads to a legally imposed or assumed awareness on his or her part of the risks associated with that activity. [Emphasis in original.]

Webb later adds, at p. 476:

The fact that a strict liability offence is a component in a larger regulatory system justifies the assumption that as a pre-condition to engaging in regulated activity, regulatees have been made aware of the standards which they must meet, and accept that should their conduct fall below these standards, they may be subject to penalties pursuant to procedures which reflect their special position as regulatees.

commentaires suivants de K. R. Webb dans «Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead» (1989), 21 *R.D. Ottawa* 419, à la p. 452:

[TRADUCTION] Les infractions prévues au *Code criminel* représentent habituellement, mais non dans tous les cas, l’interdiction absolue d’une certaine conduite, interdiction qui ne fait pas partie d’un régime administratif plus général autorisant un comportement spécifique dans des circonstances réglementées. C’est tout le contraire des infractions réglementaires qui sont habituellement des dispositions accessoires aux régimes légaux autorisant certaines activités dans des limites déterminées d’avance et sous réserve de certaines conditions. Avant qu’une autorité réglementante ne décide d’autoriser un particulier à exercer des activités réglementées, celui-ci doit accepter de se conformer à un ensemble de règles et il doit être jugé capable d’exercer l’activité réglementée. Le permis de conduire constitue un bon exemple de ce genre d’entente. En effet, cette entente *établit et certifie que le particulier connaît les normes qu’il doit respecter, qu’il est capable de le faire et qu’il reconnaît que, si sa conduite ne devait pas respecter ces normes, il pourra faire l’objet de mesures et de sanctions administratives prescrites par la loi, suivant des procédures qui tiennent compte de ses connaissances particulières.* On peut conclure du fait qu’un accusé participe à une activité réglementée et a satisfait aux «exigences» initiales qu’il connaissait ou qu’il était légalement présumé connaître les risques liés à cette activité. [En italique dans l’original.]

Webb ajoute plus loin, à la p. 476:

[TRADUCTION] On peut présumer, étant donné qu’une infraction de responsabilité stricte fait partie d’un régime réglementaire plus vaste, que la condition préalable pour qu’un particulier assujéti à cette réglementation puisse exercer une activité réglementée est qu’il doit avoir été informé des normes qu’il devra respecter et accepter que, si sa conduite ne satisfait pas à ces normes, il pourra faire l’objet de peines conformément à des procédures qui tiennent compte de sa situation particulière en tant que personne assujéti à la réglementation.

En conséquence, pour que l’État lui permette de participer à une activité réglementée, la personne assujéti à la réglementation accepte nécessairement de plein gré les risques de l’infraction réglementaire. En d’autres termes, cette personne est réputée avoir accepté les conditions se rattachant

110 Thus, as a necessary incident of being permitted by the state to engage in a regulated activity, the regulated actor voluntarily accepts the risks of regulatory infraction. In other words, such an actor is deemed to have accepted the terms and conditions attaching to the privilege of participating in the

regulated activity. As a result, a regulatory actor cannot be described as morally innocent when he commits a regulatory offence. I think it is telling that Webb refers to the license to drive as a “good example” to illustrate the principles applicable to regulatory offences; I would go further, and say that it is the paradigmatic example of regulated activity.

It is trite to observe that a licensed driver is aware that the activity of driving is regulated, and also understands or ought to understand that there are regulations concerned with license revocation for driving offences. Indeed, this Court has expressly stated that “[m]erit point and driving license revocation schemes are prime examples” of laws that have generally been brought to the attention of the public; they have been “‘digested’ by society”: *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 635.

As a result, when a licensed driver violates one of the conditions attaching to his license he should not be considered as being without fault simply because he was unaware of that condition. There is no fundamental right to drive a motor vehicle, any more than there is a fundamental right to own a gun or any other instrument of potential destruction. It is a privilege, a privilege which, sadly, is often abused with tragic repercussions. A legislature can provide for consequences which are to attach when this privilege is abused and stipulate standards of behaviour for continued licensing. There is therefore no injustice, far less any fundamental injustice, if a court convicts an accused of a regulatory offence when the only defence offered is that he was unaware of a statutory condition attaching to the activity — that is, his ignorance of the law. This is, of course, all the more true when the condition is of a character which has been brought to the attention of the public and “‘digested” by society.

au privilège de participer à l’activité réglementée. C’est pourquoi on ne peut qualifier de moralement innocente la personne assujettie à la réglementation qui commet une infraction réglementaire. À mon avis, il est révélateur que Webb qualifie le permis de conduire de «bon exemple» pour illustrer les principes applicables aux infractions réglementaires; j’irais plus loin en disant que c’est l’exemple type de l’activité réglementée.

De toute évidence, un conducteur titulaire d’un permis sait bien que la conduite d’un véhicule est réglementée, et il comprend ou devrait comprendre aussi qu’il existe des règlements relatifs à la révocation de permis en cas d’infraction en matière de conduite d’un véhicule à moteur. En fait, notre Cour a expressément affirmé que «[l]es lois portant attribution de points d’inaptitude et révocation de permis de conduire [. . .] sont d’excellents exemples» de lois sur lesquelles on a attiré l’attention du public; «la société a «digéré» ces lois»: voir l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 635.

En conséquence, lorsqu’un conducteur titulaire d’un permis enfreint l’une des conditions de son permis, il ne devrait pas être considéré comme étant sans faute simplement parce qu’il ignorait l’existence de cette condition. Il n’existe pas de droit fondamental de conduire un véhicule à moteur, pas plus qu’il n’existe de droit fondamental de posséder une arme à feu ou tout autre engin capable de destruction. Il s’agit d’un privilège, un privilège dont, malheureusement, on abuse fréquemment, avec pour résultat des conséquences tragiques. Le législateur peut prévoir les conséquences qui découlent de l’abus du privilège et prescrire les normes de comportement justifiant le maintien du permis. Il n’y a donc pas d’injustice, encore moins d’injustice fondamentale, à déclarer un accusé coupable d’une infraction réglementaire lorsque le seul moyen de défense invoqué est son ignorance d’une condition dont la loi assortit l’activité, c’est-à-dire son ignorance de la loi. Cela est évidemment d’autant plus vrai dans le cas d’une condition sur laquelle on a attiré l’attention du public et qui a été «digérée» par la société.

111

112

113 The licensing justification also underscores that Parliament or a legislature is faced with a policy choice in deciding whether to give notice to the regulated actor of a particular regulatory prohibition, or whether to allow such an actor to be considered “morally innocent” if he can demonstrate his ignorance of the relevant law. Our governing bodies may, in their wisdom, decide to provide such notice or such a defence; but they also may decide not to. But whatever they decide, a particular policy choice is not constitutionally compelled. To conclude otherwise would be to convert what is fundamentally a policy decision into a constitutionally mandated requirement.

114 To summarize, then, my concerns with respect to the first solution offered by Cory J.: first, the impugned provisions are constitutional without any further requirements; second, expanding the defence of due diligence to comprehend ignorance or mistake of law undercuts the mistake of law rule and will render many of our laws unenforceable; as a corollary, this Court’s decision in *Molis* appears to be impliedly overturned without any explanation; third, the proffered solution ignores the regulatory context of the present case, which context justifies the imputation that the respondent accepted the terms and conditions incident to the privilege accorded to him in his license to drive; and finally, such a solution usurps what is fundamentally a policy decision — whether to provide a defence of ignorance of the law — and converts it into a constitutionally mandated requirement.

115 The second suggestion which Cory J. makes is the provision of some form of notice of the law. He offers a number of examples to demonstrate how notice of the legal effect or legal consequences of being convicted of one of the underlying offences could readily be provided. Plainly, such notice would convert the offence into one of full *mens rea*, since the accused would then be

La justification reliée à l’autorisation réglementaire fait également voir que le législateur fédéral ou provincial a un choix de principe à faire en décidant si une personne assujettie à la réglementation doit ou non être avisée d’une interdiction réglementaire particulière, ou si on peut considérer que cette personne est «moralement innocente» lorsqu’elle peut démontrer son ignorance de la loi pertinente. Dans leur sagesse, nos corps dirigeants peuvent décider qu’il sera nécessaire de donner cet avis ou d’accepter ce moyen de défense, mais ils peuvent aussi décider le contraire. Cependant, quelle que soit leur décision, la Constitution ne dicte pas un choix de principe particulier. Conclure le contraire reviendrait à convertir ce qui est fondamentalement une décision de principe, en une exigence de la Constitution.

En résumé, donc, mes préoccupations quant à la première solution proposée par le juge Cory sont les suivantes: premièrement, les dispositions attaquées sont constitutionnelles comme telles; deuxièmement, élargir le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable de manière à englober l’ignorance de la loi ou l’erreur de droit va à l’encontre de la règle en matière d’erreur de droit et rendra inapplicables un bon nombre de nos lois; du même coup, la décision de notre Cour dans l’arrêt *Molis* paraît être implicitement écartée sans aucune explication; troisièmement, la solution préconisée ne tient pas compte du contexte réglementaire de la présente affaire, lequel justifie la présomption que l’intimé a accepté les conditions qui se rattachent au privilège que lui confère son permis de conduire; et enfin, une telle solution usurpe ce qui est fondamentalement une décision de principe — celle d’introduire le moyen de défense fondé sur l’ignorance de la loi — et l’élève au rang d’exigence de la Constitution.

Le juge Cory suggère en deuxième lieu que la Loi prescrive une forme quelconque d’avis. Il donne un certain nombre d’exemples pour démontrer avec quelle facilité on pourrait donner avis de l’effet ou des conséquences en droit d’une déclaration de culpabilité relative à l’une des infractions sous-jacentes. Il est clair qu’un tel avis convertirait l’infraction en une infraction exigeant la *mens rea*

driving with actual subjective knowledge that he was prohibited under provincial legislation. No doubt the province could have chosen this solution as a matter of policy. I readily acknowledge that in cases such as the one at bar notice is generally desirable. Indeed, several provinces already provide for notice where a license is revoked (see, for example, the Ontario *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, ss. 52 and 53, and the Quebec *Highway Safety Code*, R.S.Q., c. C-24.2, ss. 105, 106.1 and 550.1). However, the fact remains that the British Columbia legislature has not chosen this solution. Rather than an offence of full *mens rea*, the province instead chose a solution appropriately tailored to the regulatory context: an offence of strict liability. That solution adequately meets the exigencies of our *Charter*, and is therefore a valid policy choice of full force and effect without any further requirement of notice.

G. Conclusion

I therefore conclude that the impugned provisions create an offence of strict liability where the fact of driving while prohibited by statute *prima facie* imports the offence, but where it is nevertheless possible for an accused to avoid conviction by demonstrating that he reasonably believed that he had not been convicted of one of the underlying offences to which the 12-month statutory prohibition attaches, or that he exercised due diligence in seeking to acquire knowledge of the underlying conviction.

III. Disposition

As a result, I would answer in the negative the following constitutional question posed by Lamer C.J.:

Does s. 94 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, when read in conjunction with s. 92 of that Act cre-

proprement dite, puisque l'accusé se trouverait alors à conduire en sachant subjectivement qu'il lui est interdit de le faire sous le régime d'une loi provinciale. La province pourrait sans doute avoir choisi cette solution à titre de politique générale. Je reconnais volontiers qu'un avis est généralement souhaitable dans des cas comme celui dont nous sommes saisis. En fait, plusieurs provinces prévoient déjà un avis en cas de révocation de permis (voir, par exemple, le *Code de la route* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 52 et 53, et le *Code de la sécurité routière* du Québec, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 105, 106.1 et 550.1). Il reste cependant que la législature de la Colombie-Britannique n'a pas opté pour cette solution. Plutôt que de créer une infraction exigeant la *mens rea* proprement dite, la province a préféré une solution adaptée comme il se doit au contexte réglementaire: une infraction de responsabilité stricte. Cette solution répond suffisamment aux exigences de notre *Charte* et constitue donc un choix de principe valide qui a plein effet sans autre exigence quant à un avis.

G. Conclusion

Je conclus donc que les dispositions attaquées créent une infraction de responsabilité stricte lorsque le fait de conduire un véhicule, alors que la loi interdit de le faire, comporte une présomption d'infraction, mais qu'il est néanmoins possible à l'accusé d'éviter d'être déclaré coupable en prouvant qu'il avait des motifs raisonnables de croire qu'il n'avait pas été déclaré coupable de l'une des infractions sous-jacentes auxquelles se rattache l'interdiction légale de 12 mois, ou encore qu'il a fait preuve de diligence raisonnable en cherchant à s'enquérir de la déclaration de culpabilité sous-jacente.

III. Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis de répondre par la négative à la question constitutionnelle formulée par le juge en chef Lamer:

L'article 94 de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, lu conjointement avec l'art. 92 de la même loi,

ate an absolute liability offence which violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

118

I would allow the appeal and order a new trial, at which point the respondent can adduce evidence as to his exercise of due diligence or his reasonable mistake of fact with respect to any of the elements of the offence of driving while prohibited under this provincial statute.

Appeal dismissed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitors for the respondent: Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver.

Solicitor for the intervener: George Thomson, Ottawa.

créé-t-il une infraction de responsabilité absolue qui viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès au cours duquel l'intimé pourra présenter des éléments de preuve établissant qu'il a fait preuve de diligence raisonnable ou qu'il a commis une erreur raisonnable de fait relativement à l'un ou l'autre des éléments de l'infraction de conduite d'un véhicule alors que cette loi provinciale l'interdisait.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver.

Procureur de l'intervenant: George Thomson, Ottawa.

Jake Friesen *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: FRIESEN v. CANADA

File No.: 23922.

1995: March 1; 1995: September 21.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Deductions — Taxpayer purchasing parcel of raw land for resale at profit — Taxpayer engaged in adventure in the nature of trade — Land declining in value in subsequent years — Taxpayer claiming decline in fair market value of land as business loss in taxation years prior to its sale — Whether taxpayer entitled to make use of valuation scheme in s. 10(1) of Income Tax Act — Meaning of “business” and “inventory” — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9, 10(1), 248(1) “business”, “inventory” — Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, s. 1801.

In 1982, the appellant and several others bought a parcel of land for the purpose of reselling it at a profit. In the years immediately following its acquisition, the property substantially decreased in value and was eventually foreclosed in 1986. The appellant, relying on ss. 248(1), 10(1), 9 and Regulation 1801 of the *Income Tax Act*, sought to deduct the decline in the fair market value of the land as a business loss in his 1983 and 1984 tax returns. The appellant argued that he was entitled to make such deductions because s. 10(1) permits the use of such a valuation scheme should the initiative to purchase the land be deemed a “business” and should the land be defined as “inventory”. The Minister of National Revenue disallowed these business losses on the basis that the property was not “inventory in a business” within the meaning of ss. 10(1) and 248(1). The taxpayer appealed and both the Federal Court, Trial

Jake Friesen *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: FRIESEN c. CANADA

N° du greffe: 23922.

1995: 1^{er} mars; 1995: 21 septembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Déductions — Contribuable achetant un terrain vierge dans le but de le revendre avec bénéfice — Contribuable engagé dans un projet comportant un risque de caractère commercial — Baisse de valeur du terrain au cours des années subséquentes — Contribuable déduisant la diminution de la juste valeur marchande du terrain à titre de perte d'entreprise pour les années d'imposition antérieures à sa vente — Le contribuable peut-il recourir au régime d'évaluation établi à l'art. 10(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Sens des termes «entreprise» ou «affaire» et «inventaire» — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9, 10(1), 248(1) «entreprise» ou «affaire», «inventaire» — Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945, art. 1801.

En 1982, l'appelant a acheté avec plusieurs autres personnes un terrain dans le but de le revendre avec bénéfice. Pendant les années qui ont suivi immédiatement son acquisition, le terrain a subi une perte de valeur importante, et a fini par être repris par le créancier hypothécaire en 1986. Invoquant les par. 248(1) et 10(1) et l'art. 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ainsi que l'art. 1801 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, l'appelant a demandé la déduction de la diminution de la juste valeur marchande du terrain à titre de perte d'entreprise dans ses déclarations de revenus de 1983 et 1984. L'appelant a soutenu qu'il avait le droit de faire ces déductions parce que le par. 10(1) permet de recourir à ce régime d'évaluation dans le cas où l'achat du terrain est réputé être une «entreprise» et où le terrain est défini comme un bien figurant dans un «inventaire». Le ministre du Revenu national a refusé d'admettre ces pertes d'entreprise pour le motif que le bien ne figurait pas dans «l'inventaire d'une entreprise» au sens des par. 10(1) et 248(1). Le contribuable a interjeté appel et tant la Cour fédérale, Section de première instance, que la

Division and the Federal Court of Appeal upheld the Minister's disallowance of the losses.

Held (Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka and Major JJ.: In interpreting sections of the *Income Tax Act*, the correct approach is to apply the plain meaning rule. When a provision is couched in specific language that admits of no doubt or ambiguity in its application to the facts, it must be applied. Here, on a plain reading of the relevant sections of the Act, the appellant was entitled to make use of the inventory valuation method in s. 10(1) in order to recognize a business loss on the property in the 1983 and 1984 taxation years.

Section 10(1) requires a taxpayer who computes income from a "business" to value the "inventory" at the lower of cost or market value or as permitted by regulation. The definition of "business" in s. 248(1) of the *Income Tax Act* specifically includes an adventure in the nature of trade. The appellant's venture is thus a "business" pursuant to that definition since it meets the judicially established test for an adventure in the nature of trade — namely, that the taxpayer has a trading or business intention with respect to the property. Indeed, the factual record reveals a legitimate "scheme for profit-making" with respect to the property.

The property is also "inventory" pursuant to the definition in s. 248(1). Under that definition, an item of property is not required to contribute directly to income in each taxation year in order to qualify as inventory. Provided that the cost or value of an item of property is relevant in computing business income in a year, that property will qualify as inventory. As a general principle, items of property sold by a business venture will always be relevant to the computation of income in the year of sale. The property at issue is therefore correctly categorized as "inventory" for the purposes of the *Income Tax Act*, both in the taxation year of disposition and in preceding years, because its cost or value is relevant to the computation of business income in a taxation year. The plain meaning of the definition of "inventory" in s. 248(1) is consistent with the commonly understood definition of the term and also reflects the definition of inventory which is accepted according to ordinary prin-

Cour d'appel fédérale ont maintenu le refus du Ministre d'admettre ces pertes.

Arrêt (les juges Gonthier et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et Major: Pour interpréter les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il convient d'appliquer la règle du sens ordinaire. Lorsqu'une disposition est rédigée dans des termes précis qui n'engendrent aucun doute ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée. En l'espèce, suivant le sens ordinaire des dispositions pertinentes de la Loi, l'appelant avait le droit de recourir à la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire, prévue au par. 10(1), pour déclarer une perte d'entreprise à l'égard du terrain pour les années d'imposition 1983 et 1984.

Le paragraphe 10(1) oblige le contribuable, lors du calcul de son retenu tiré d'une «entreprise», à évaluer les biens figurant dans l'«inventaire» au moindre de leur coût et de leur valeur marchande, ou d'une autre façon permise par les règlements. La définition du mot «entreprise», au par. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, inclut expressément un projet comportant un risque de caractère commercial. Le projet de l'appelant est donc une «entreprise» au sens de cette définition puisqu'il satisfait au critère établi par les tribunaux pour déterminer s'il s'agit d'un projet comportant un risque de caractère commercial, à savoir que le contribuable a une intention commerciale à l'égard du bien. Les faits consignés au dossier révèlent en effet la présence d'un «plan [légitime] visant la réalisation d'un bénéfice» à l'égard du terrain.

Le terrain est également un bien figurant dans un «inventaire» au sens de la définition donnée au par. 248(1). Selon cette définition, il n'est pas nécessaire qu'un bien contribue directement au revenu pour une année d'imposition pour pouvoir être considéré comme un bien figurant dans un inventaire. Il suffit que le coût ou la valeur d'un bien entre dans le calcul du revenu d'entreprise pour une année, pour que ce bien fasse partie des biens figurant dans un inventaire. En règle générale, les biens vendus par une entreprise commerciale entrent toujours dans le calcul du revenu pour l'année de la vente. C'est donc à juste titre que le terrain en question est classé comme un bien figurant dans un «inventaire» aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à la fois pour l'année d'imposition au cours de laquelle il a été aliéné, et pour les années antérieures, parce que son coût ou sa valeur entre dans le calcul du revenu d'entreprise pour une année d'imposition. Le sens ordinaire de

ciples of commercial accounting and of business. While the express wording of the *Income Tax Act* is capable of overruling these principles where it is sufficiently explicit, a court should be cautious to adopt an interpretation which is clearly inconsistent with the commonly accepted usage of a technical term particularly where an interpretation consistent with common usage is more natural on a plain reading of the definition.

Under s. 9 of the *Income Tax Act*, the determination of profit is a question of law to be determined according to the business test of well-accepted principles of commercial or accounting practice, except where these are inconsistent with the specific provisions of the Act. Since these principles establish that the value of inventory is relevant to the calculation of business income because it contributes to the cost of sale, the appellant was entitled to use the valuation scheme set out in s. 10(1). This section recognizes the well-accepted commercial and accounting principle of requiring a business to value its inventory at the lower of cost or market value. This specific legislated exception to the principle of realization is well accepted in the valuation of real estate inventory. Section 10(1) also represents an exception to the principles of matching and symmetry. The underlying rationale for the s. 10(1) exception to the general principles is usually explained as originating in the principle of conservatism. Moreover, s. 10(1) is not a mere codification of the common law as it existed in 1948 when the provision first appeared in the *Income Tax Act*. While the common law rule was restricted to stock-in-traders, s. 10(1) explicitly states that it applies to the inventory of a "business". Since the word "business" in the Act specifically includes adventures in the nature of trade, to confine the scope of s. 10(1) to stock-in-traders would place a judicial limit on the clear and unambiguous wording of the section. As well, if Parliament had intended to restrict the ambit of s. 10(1) to taxpayers which "carry on a business" it would have done so. Lastly, policy considerations cannot serve to override the explicit wording of s. 10(1). In sum, the plain reading of this section allows single items of inventory held as part of an adventure in the nature of trade to utilize the inventory valuation method contained therein. This conclusion is consistent with the basic dichotomy

la définition du mot «inventaire», donnée au par. 248(1), est compatible avec le sens que l'on donne habituellement à la définition du terme et reflète aussi la définition du terme «inventaire» qui est acceptée selon les principes comptables et commerciaux ordinaires. Bien qu'une disposition expresse de la *Loi de l'impôt sur le revenu* puisse l'emporter sur ces principes si elle est suffisamment explicite, une cour ne devrait adopter qu'avec prudence une interprétation manifestement incompatible avec l'usage généralement accepté d'un terme technique, particulièrement lorsque, selon le sens ordinaire de la définition, l'interprétation conforme à l'usage courant est plus naturelle.

En vertu de l'art. 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la détermination du bénéficiaire est une question de droit qui doit être tranchée selon le critère des principes reconnus de la pratique commerciale ou comptable, sauf lorsque ceux-ci sont incompatibles avec les dispositions expresses de la Loi. Puisque ces principes établissent que la valeur des biens figurant dans un inventaire entre dans le calcul du revenu d'entreprise parce qu'elle contribue au coût des ventes, l'appelant avait le droit de recourir à la méthode d'évaluation établie au par. 10(1). Cette disposition sanctionne le principe commercial et comptable reconnu, selon lequel une entreprise doit évaluer les biens figurant dans son inventaire au moindre de leur coût et de leur valeur marchande. Cette exception particulière, d'origine législative, au principe de réalisation est reconnue dans l'évaluation de biens immeubles figurant dans un inventaire. Le paragraphe 10(1) représente également une exception aux principes de rattachement et de symétrie. La raison d'être de l'exception que constitue le par. 10(1) aux principes généraux est habituellement rattachée au principe de prudence. En outre, le par. 10(1) n'est pas qu'une codification de la common law telle qu'elle existait en 1948 lorsque cette disposition est apparue pour la première fois dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Alors que la règle de common law ne s'appliquait qu'aux marchands d'articles de commerce, le par. 10(1) précise qu'il s'applique aux biens figurant dans l'inventaire d'une «entreprise». Puisque le mot «entreprise», utilisé dans la Loi, désigne expressément les projets comportant un risque de caractère commercial, restreindre le champ d'application du par. 10(1) aux marchands d'articles de commerce imposerait une limite judiciaire au texte clair et net de cette disposition. De même, si le législateur avait voulu restreindre la portée du par. 10(1) aux seuls contribuables qui «exploitent une entreprise», il l'aurait fait. Enfin, des considérations de politique générale ne peuvent servir à annuler le libellé explicite du par. 10(1). Bref, selon son sens ordinaire, ce paragraphe permet qu'on emploie à l'égard

in the Act between income and capital and the different schemes for taxing each of these.

Per Gonthier and Iacobucci JJ. (dissenting): The appellant cannot benefit from the application of the valuation scheme established by s. 10(1) of the *Income Tax Act* to deduct as a business loss in 1983 and 1984 the decline in the fair market value of the property. While the appellant's real estate purchase was an adventure in the nature of trade and, consequently, a "business" under s. 248(1) of the Act, he is not the kind of businessperson intended to be covered by s. 10(1) and, furthermore, the property is not "inventory" under s. 248(1) for the taxation years in question.

Neither s. 10(1) nor Regulation 1801 provides a deduction from income, nor do they mandate that any person with inventory can deduct any loss on fair market value arising therefrom. They simply give some direction as to how the valuation procedure should take place once ordinary commercial principles establish whether a business loss should be claimed under s. 9 of the *Income Tax Act*. The key taxation principle relevant to this case is the realization principle, which provides that, in the computation of income from an adventure in the nature of trade, gains or losses must be realized in order for them to be included in the computation of income for tax purposes. This principle is subject to an exception in the case of stock-in-trade, an exception which is codified in s. 10(1). Such stock-in-trade can be valued at the lower of cost and fair market value and, consequently, a dealer therein can recognize as a loss the decline in the market value of its inventory in the year in which this decline occurs. The commercial principles and jurisprudential authority underpinning the *Income Tax Act*, however, do not recognize that this exception should operate for unsold single pieces of land alleged to be inventory that are held by adventurers in trade. The situation of dealers in stock-in-trade is markedly different from that faced by a business adventurer such as the appellant. The former are engaged in the "carrying on of a business", regularly purchasing hundreds of goods which are quickly sold. Since it is not practicable for them to determine their profit by looking at each individual item sold, an averaging formula is used. By contrast, the appellant has launched a single adventure and the profit/loss from the property is readily ascertainable in the year of disposition. While s. 10(1) applies to a business which includes an adventure in the

d'un bien unique figurant dans un inventaire, qui est détenu dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial, la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire qui y est prévue. Cette conclusion est compatible avec la dichotomie fondamentale que la Loi établit entre le revenu et le capital, et avec leurs régimes d'imposition respectifs.

Les juges Gonthier et Iacobucci (dissidents): L'appellant ne saurait bénéficier du régime d'évaluation établi par le par. 10(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour déduire à titre de perte d'entreprise la diminution de la juste valeur marchande du bien pour les années 1983 et 1984. Bien que l'acquisition immobilière de l'appellant fût un projet comportant un risque de caractère commercial et, par conséquent, une «entreprise» au sens du par. 248(1) de la Loi, il n'est pas le genre d'homme d'affaires que le par. 10(1) est destiné à viser et, de plus, le bien n'est pas un bien figurant dans un «inventaire», au sens du par. 248(1), pour les années d'imposition en question.

Ni le par. 10(1) de la Loi ni l'art. 1801 du Règlement ne prévoient la déduction du revenu, ni n'édicte qu'une personne ayant un inventaire peut déduire une perte relative à la juste valeur marchande en découlant. Ces dispositions ne font que donner des indications sur la façon dont l'évaluation devrait être faite, une fois qu'il a été établi en vertu des principes commerciaux ordinaires qu'une perte d'entreprise devrait être déclarée en vertu de l'art. 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le principe fiscal clé s'appliquant en l'espèce est le principe de réalisation qui prévoit que, dans le calcul du revenu d'un projet comportant un risque de caractère commercial, les gains et les pertes doivent être réalisés pour pouvoir être inclus dans le calcul du revenu aux fins de l'impôt. Ce principe souffre une exception dans le cas des articles de commerce, une exception qui est codifiée au par. 10(1). Ces articles de commerce peuvent être évalués selon la méthode d'évaluation au moindre du coût et de la juste valeur marchande et, par conséquent, la personne qui en fait le commerce peut reconnaître comme perte la diminution de la valeur des biens figurant dans son inventaire, pendant l'année où cette diminution a lieu. Toutefois, les principes commerciaux et la jurisprudence qui sous-tendent la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne reconnaissent pas que cette exception au principe de réalisation devrait s'appliquer dans le cas de terrains uniques non vendus, qui sont détenus par des spéculateurs et qui, allègue-t-on, constituent des biens figurant dans un inventaire. La situation du marchand d'articles de commerce est nettement différente de celle d'un spéculateur comme l'appellant. Ces marchands «exploitent une entreprise», achetant régulièrement des centaines de biens qui sont rapidement vendus. Parce qu'il ne leur est pas possible de calculer leur béné-

nature of trade, only persons who "carry on a business" ought to be entitled to benefit from that section. Adventurers do not "carry on" a business and there is no need to extend the reach of s. 10(1) to that group. An interpretation which would entitle the appellant to make use of the inventory valuation method would undermine the matching principle underpinning s. 9 and the broad principles of symmetry. Moreover, and most importantly in this case, the applicable method of accounting within the taxation context should be that which best reflects the taxpayer's true income position. In the case of an adventurer such as the appellant, who is not carrying on business, and who has made no disposition, it is not appropriate to determine profit using the inventory valuation method. His income position is best reflected by not declaring the decline in the fair market value of the property as a business loss in 1983 and 1984, but instead waiting until the year of disposition to enter any such losses, in this case 1986.

As well, the land is not inventory for the 1983 and 1984 taxation years under the *Income Tax Act's* definition in s. 248(1). The key element of that definition is that the property, in order to be properly classified as "inventory", must have a cost or value which, in the particular taxation year in question, bears some relevance to the amount of the taxpayer's income (profit or loss) for that particular year. Here, since the land was not involved in any transaction in 1983 and 1984, it bears no relation whatsoever to the appellant's income in the taxation years in question. The appellant should be able to claim, under the ordinary tracing formula (proceeds less the purchase cost), the drop in the value of the land in the year in which the property is disposed of, but not in years where the property remains dormant.

Cases Cited

By Major J.

Followed: *Bailey v. M.N.R.*, 90 D.T.C. 1321; *Weatherhead v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2579; *Van Dongen v. The Queen*, 90 D.T.C. 6633; *Skerrett v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1330; *Cull v. The Queen*, 87 D.T.C. 5322; **not followed:** *Canada v. Dresden Farm Equip-*

ment à partir de chaque article vendu, une formule d'étalement est utilisée. Par contre, l'appellant ne s'est engagé que dans un seul projet et le bénéfice ou la perte se rapportant au terrain est facilement vérifiable pendant l'année où il est aliéné. Bien que le par. 10(1) s'applique à une entreprise qui inclut un projet comportant un risque de caractère commercial, seules les personnes qui «exploitent une entreprise» devraient pouvoir se prévaloir de cette disposition. Les spéculateurs n'«exploitent» pas une entreprise et il n'est pas nécessaire d'étendre la portée du par. 10(1) à ce groupe. Une interprétation qui permettrait à l'appellant de recourir à la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire minerait le principe de rattachement qui sous-tend l'art. 9 et les principes généraux de symétrie. En outre, et qui plus est en l'espèce, aux fins de l'impôt, la méthode comptable applicable devrait être celle qui reflète le mieux la situation véritable du contribuable sur le plan de ses revenus. Dans le cas d'un spéculateur comme l'appellant, qui n'exploite pas une entreprise et qui n'a fait aucune aliénation, il ne convient pas de calculer le bénéfice au moyen de la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire. La meilleure façon de présenter la situation de l'appellant quant à ses revenus consiste non pas à déduire la diminution de la juste valeur marchande du terrain à titre de perte d'entreprise en 1983 et 1984, mais plutôt à attendre l'année de l'aliénation, soit 1986, pour inscrire toute perte de cette nature.

De même, le terrain n'est pas, pour les années d'imposition 1983 et 1984, un bien figurant dans un inventaire, au sens de la définition donnée au par. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'élément clé de cette définition est que le bien, pour pouvoir être qualifié à bon droit de bien figurant dans un «inventaire», doit avoir un coût ou une valeur qui, durant l'année d'imposition en cause, a une incidence sur le revenu du contribuable (bénéfice ou perte) pour cette année. En l'espèce, puisque le terrain n'a fait l'objet d'aucune opération en 1983 et en 1984, il n'a pas la moindre incidence sur le revenu de l'appellant pour les années d'imposition en question. L'appellant devrait être capable de réclamer, en vertu de la formule d'identification ordinaire (produit moins coût d'acquisition), la diminution de la valeur du terrain pendant l'année de l'aliénation du bien, mais pas durant les années où le bien ne fait l'objet d'aucune opération.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts suivis: *Bailey c. M.R.N.*, 90 D.T.C. 1321; *Weatherhead c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 2579; *Van Dongen c. La Reine*, 90 D.T.C. 6633; *Skerrett c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1330; *Cull c. La Reine*, 87 D.T.C. 5322; **arrêt non suivi:** *Canada c. Dresden Farm Equipment Ltd.*,

ment Ltd., [1989] 1 C.T.C. 99; referred to: *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Californian Copper Syndicate v. Harris* (1904), 5 T.C. 159; *Minister of National Revenue v. Irwin*, [1964] S.C.R. 662; *Gresham Life Assurance Society v. Styles*, [1892] A.C. 309; *Neonex International Ltd. v. The Queen*, 78 D.T.C. 6339; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Ostime v. Duple Motor Bodies, Ltd.*, [1961] 2 All E.R. 167; *Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.*, [1956] A.C. 85; *Whimster & Co. v. Inland Revenue Commissioners* (1925), 12 T.C. 813; *BSC Footwear Ltd. v. Ridgway*, [1971] 2 All E.R. 534; *Minister of National Revenue v. Consolidated Glass Ltd.*, [1957] S.C.R. 167.

By Iacobucci J. (dissenting)

Bailey v. M.N.R., 90 D.T.C. 1321; *Van Dongen v. The Queen*, 90 D.T.C. 6633; *Weatherhead v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2579; *Skerrett v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1330; *Minister of National Revenue v. Shofar Investment Corp.*, [1980] 1 S.C.R. 350; *Californian Copper Syndicate v. Harris* (1904), 5 T.C. 159; *Edwards v. Bairstow*, [1956] A.C. 14; *Irrigation Industries Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 346; *Regal Heights Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] S.C.R. 902; *The Queen v. Cyprus Anvil Mining Corp.*, 90 D.T.C. 6063; *Daley v. M.N.R.*, [1950] C.T.C. 254; *Dominion Taxicab Association v. Minister of National Revenue*, [1954] S.C.R. 82; *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285; *Minister of National Revenue v. Consolidated Glass Ltd.*, [1957] S.C.R. 167; *Whimster & Co. v. Inland Revenue Commissioners* (1925), 12 T.C. 813; *BSC Footwear Ltd. v. Ridgway*, [1971] 2 All E.R. 534; *Minister of National Revenue v. Irwin*, [1964] S.C.R. 662; *Oryx Realty Corp. v. Minister of National Revenue*, [1974] 2 F.C. 44; *Tara Exploration and Development Co. v. M.N.R.*, 70 D.T.C. 6370, aff'd [1974] S.C.R. 1057; *Neonex International Ltd. v. The Queen*, 78 D.T.C. 6339; *West Kootenay Power and Light Co. v. Canada*, [1992] 1 F.C. 732; *Tobias v. The Queen*, 78 D.T.C. 6028; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Ken Steeves Sales Ltd. v. M.N.R.*, 55 D.T.C. 1044; *M.N.R. v. Publishers Guild of Canada Ltd.*, 57 D.T.C. 1017; *Associated Investors of Canada Ltd. v. M.N.R.*, 67 D.T.C. 5096; *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. The Queen*, 91 D.T.C. 5038.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3, 5, 9, 10, 13(7), 18(2), 38, 39, 41, 45(1), 48 [rep. 1994, c. 21, s. 19], 54(b), 54.2, 63(3)(c), 70, 110.6(4)(f), 111, 127.2(6)(a), 127.3(2)(a), 248(1) "appropriate percent-

[1989] 1 C.T.C. 99; arrêts mentionnés: *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Californian Copper Syndicate c. Harris* (1904), 5 T.C. 159; *Minister of National Revenue c. Irwin*, [1964] R.C.S. 662; *Gresham Life Assurance Society c. Styles*, [1892] A.C. 309; *Neonex International Ltd. c. La Reine*, 78 D.T.C. 6339; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Ostime c. Duple Motor Bodies, Ltd.*, [1961] 2 All E.R. 167; *Minister of National Revenue c. Anaconda American Brass Ltd.*, [1956] A.C. 85; *Whimster & Co. c. Inland Revenue Commissioners* (1925), 12 T.C. 813; *BSC Footwear Ltd. c. Ridgway*, [1971] 2 All E.R. 534; *Minister of National Revenue c. Consolidated Glass Ltd.*, [1957] R.C.S. 167.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

Bailey c. M.R.N., 90 D.T.C. 1321; *Van Dongen c. La Reine*, 90 D.T.C. 6633; *Weatherhead c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 2579; *Skerrett c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1330; *Ministre du Revenu national c. Shofar Investment Corp.*, [1980] 1 R.C.S. 350; *Californian Copper Syndicate c. Harris* (1904), 5 T.C. 159; *Edwards c. Bairstow*, [1956] A.C. 14; *Irrigation Industries Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 346; *Regal Heights Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1960] R.C.S. 902; *La Reine c. Cyprus Anvil Mining Corp.*, 90 D.T.C. 6063; *Daley c. M.N.R.*, [1950] C.T.C. 254; *Dominion Taxicab Association c. Minister of National Revenue*, [1954] R.C.S. 82; *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285; *Minister of National Revenue c. Consolidated Glass Ltd.*, [1957] R.C.S. 167; *Whimster & Co. c. Inland Revenue Commissioners* (1925), 12 T.C. 813; *BSC Footwear Ltd. c. Ridgway*, [1971] 2 All E.R. 534; *Minister of National Revenue c. Irwin*, [1964] R.C.S. 662; *Oryx Realty Corp. c. Ministre du Revenu national*, [1974] 2 C.F. 44; *Tara Exploration and Development Co. c. M.R.N.*, 70 D.T.C. 6370, conf. par [1974] R.C.S. 1057; *Neonex International Ltd. c. La Reine*, 78 D.T.C. 6339; *West Kootenay Power and Light Co. c. Canada*, [1992] 1 C.F. 732; *Tobias c. La Reine*, 78 D.T.C. 6028; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Ken Steeves Sales Ltd. c. M.N.R.*, 55 D.T.C. 1044; *M.N.R. c. Publishers Guild of Canada Ltd.*, 57 D.T.C. 1017; *Associated Investors of Canada Ltd. c. M.N.R.*, 67 D.T.C. 5096; *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. La Reine*, 91 D.T.C. 5038.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 3, 5, 9, 10, 13(7), 18(2), 38, 39, 41, 45(1), 48 [abr. 1994, ch. 21, art. 19], 54b), 54.2, 63(3)c), 70, 110.6(4)f), 111, 127.2(6)a), 127.3(2)a), 248(1) «taux

age”, “balance-due day”, “business” [rep. & sub. 1979, c. 5, s. 66(3)], “gross revenue”, “inventory”, 253.

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 95(1).

Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, s. 1801.

Income Tax Regulations, amendment, SOR/89-419.

de base pour l'année», «date d'exigibilité du solde», «entreprise» ou «affaire» [abr. & rempl. 1979, ch. 5, art. 66(3)], «revenu brut», «inventaire», 253.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 95(1).

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945, art. 1801.

Règlement de l'impôt sur le revenu — Modification, DORS/89-419.

Authors Cited

Arnold, Brian J. *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983.

Arnold, Brian J., Tim Edgar and Jinyan Li, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-218, “Profit from the Sale of Real Estate”, May 26, 1975.

Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-218R, “Profit, Capital Gains and Losses from the Sale of Real Estate, Including Farmland and Inherited Land and Conversion of Real Estate from Capital Property to Inventory and Vice Versa”, September 16, 1986.

Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-459, “Adventure or Concern in the Nature of Trade”, September 8, 1980.

Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-473, “Inventory Valuation”, March 17, 1981 (revised December 5, 1986).

Canada. Royal Commission on Taxation. *Report of the Royal Commission on Taxation*, vol. 3. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

Canadian Institute of Chartered Accountants. *Terminology for Accountants*, 3rd ed. Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, 1983.

Canadian Institute of Public Real Estate Companies. *Canadian Institute of Public Real Estate Companies Recommended Accounting Practices for Real Estate Companies*, November 1985.

Canadian Institute of Public Real Estate Companies. CIPREC Handbook, September 1990.

Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*. Toronto: Butterworths, 1979.

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Doctrine citée

Arnold, Brian J. *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1983.

Arnold, Brian J., Tim Edgar and Jinyan Li, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Canada. Commission royale d'enquête sur la fiscalité. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, t. 3. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.

Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-218, «Profits sur la vente de biens immeubles», 26 mai 1975.

Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-218R, «Bénéfices, gains en capital et pertes provenant de la vente de biens immeubles, y compris les terres agricoles et les terres transmises par décès et la conversion de biens immeubles qui sont des biens en immobilisation en biens figurant dans un inventaire et vice versa», 16 septembre 1986.

Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-459, «Projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial», 8 septembre 1980.

Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-473, «Évaluation des biens figurant dans un inventaire», 17 mars 1981 (révisé le 5 décembre 1986).

Canadian Institute of Chartered Accountants. *Terminology for Accountants*, 3rd ed. Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, 1983.

Canadian Institute of Public Real Estate Companies. *Canadian Institute of Public Real Estate Companies Recommended Accounting Practices for Real Estate Companies*, November 1985.

Canadian Institute of Public Real Estate Companies. CIPREC Handbook, September 1990.

Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*. Toronto: Butterworths, 1979.

Huot, René. *Understanding Income Tax for Practitioners* (1994-95 edition). Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Kieso, Donald E., and Jerry J. Weygandt. *Intermediate Accounting*, 2nd Canadian ed. Prepared by V. Bruce Irvine and W. Harold Silvester. Toronto: John Wiley & Sons Canada Ltd., 1986.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Huot, René. *Cours d'impôt* (édition 1994-95). Sainte-Julie, Qué.: Thourene Ltée, 1994.

Kieso, Donald E., et autres. *Comptabilité intermédiaire*. Version française de l'édition canadienne de *Intermediate Accounting* préparée par Louis Ménard et Nadi Chlala. Montréal: Éditions du Renouveau Pédagogique Inc., 1991.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1993] 3 F.C. 607, 93 D.T.C. 5313, [1993] 2 C.T.C. 113, 156 N.R. 199, affirming a judgment of the Trial Division, [1992] 2 F.C. 552, 92 D.T.C. 6248, [1992] 1 C.T.C. 296, 53 F.T.R. 49, upholding the Minister of National Revenue's decision to disallow the appellant's claim. Appeal allowed, Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting.

Craig C. Sturrock, for the appellant.

Roger E. Taylor and *Al Meghji*, for the respondent.

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

MAJOR J. —

I. Background

¹ As set out in greater detail in the reasons of my colleague Iacobucci J., the appellant was a participant in an adventure in the nature of trade involving a piece of Calgary real estate known as the "Styles Property". The Styles Property was acquired for the sole purpose of reselling it at a profit. The anticipated profit was to be split between a charitable donation to Trinity Western College and other organizations and the investors in their personal capacity. Contrary to the expectations of the investors, real estate prices fell instead of rising.

² The appellant claimed business losses on his 1983 and 1984 tax returns relying on s. 10(1) of

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1993] 3 C.F. 607, 93 D.T.C. 5313, [1993] 2 C.T.C. 113, 156 N.R. 199, qui a confirmé un jugement de la Section de première instance, [1992] 2 C.F. 552, 92 D.T.C. 6248, [1992] 1 C.T.C. 296, 53 F.T.R. 49, qui avait maintenu la décision du ministre du Revenu national de refuser la déduction de l'appelant. Pourvoi accueilli, les juges Gonthier et Iacobucci sont dissidents.

Craig C. Sturrock, pour l'appelant.

Roger E. Taylor et *Al Meghji*, pour l'intimée.

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

LE JUGE MAJOR —

I. Le contexte

Comme en font état plus en détail les motifs de mon collègue le juge Iacobucci, l'appelant s'est engagé dans un projet comportant un risque de caractère commercial visant un terrain situé dans la ville de Calgary et désigné sous le nom de «domaine Styles». Le domaine Styles a été acheté à seule fin de revente avec bénéfice. Le bénéfice anticipé devait être partagé en un don de charité au Trinity Western College et à d'autres organismes, et un versement aux investisseurs à titre personnel. Contrairement aux attentes des investisseurs, les prix des immeubles ont baissé au lieu de monter.

Invokant le par. 10(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, qui permet que

the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, which permits inventory to be valued at the lower of cost or market value. The Minister of National Revenue disallowed this claim.

II. Analysis

A. *Introduction*

The narrow issue in this appeal is whether land held for resale as an adventure in the nature of trade may be valued as inventory under s. 10(1) of the *Income Tax Act*. I have read the reasons of my colleague Iacobucci J., and, with respect, I disagree with his conclusion. In my opinion the provisions of the *Income Tax Act* allow land held as an adventure in the nature of trade to be valued as inventory under s. 10(1) and therefore I would allow this appeal.

B. *The Scheme of the Income Tax Act*

It is necessary to make some comments on the basic scheme of the *Income Tax Act* given my analysis of the issue raised in this appeal.

Section 3 of the *Income Tax Act* sets out the ground rules for the computation of a taxpayer's income for a taxation year. Section 3 recognizes two basic categories of income: "ordinary income" from office, employment, business and property, all of which are included in s. 3(a), and income from a capital source, or capital gains which are covered by s. 3(b). The whole structure of the *Income Tax Act* reflects the basic distinction recognized in the Canadian tax system between income and capital gain.

Subdivision b of Division B of the Act entitled "Income or Loss from a Business or Property" contains all the rules which govern business and

les biens figurant dans un inventaire soient évalués au moindre de leur coût et de leur valeur marchande, l'appelant a réclamé des pertes d'entreprise dans ses déclarations de revenus de 1983 et de 1984. Le ministre du Revenu national a refusé d'admettre ces pertes.

II. Analyse

A. *Introduction*

Il s'agit précisément, en l'espèce, de savoir si un terrain détenu en vue d'être revendu dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial peut être évalué comme un bien figurant dans un inventaire en vertu du par. 10(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Iacobucci et, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec sa conclusion. À mon avis, les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettent d'évaluer un terrain détenu dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial comme un bien figurant dans un inventaire en vertu du par. 10(1), et je suis donc d'avis d'accueillir le présent pourvoi.

B. *Le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu*

Certains commentaires sur le régime de base de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'imposent compte tenu de l'analyse que je fais de la question soulevée dans le présent pourvoi.

L'article 3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* énonce les règles de base qui régissent le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition. L'article 3 reconnaît deux catégories fondamentales de revenus: le «revenu ordinaire» tiré d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise et d'un bien, qui sont tous visés par l'al. 3a), et le revenu tiré de biens en immobilisation, ou les gains en capital, qui sont visés par l'al. 3b). Toute la structure de la *Loi de l'impôt sur le revenu* reflète cette distinction de base, reconnue dans le régime fiscal canadien, entre le revenu et le gain en capital.

La sous-section b de la section B de la Loi, intitulée «Revenu ou perte provenant d'une entreprise ou d'un bien», énonce toutes les règles régissant le

3

4

5

6

property income. The leading section in this subdivision is s. 9 which provides that a taxpayer is taxable on the profit for a business or property for the year. Profit is not defined in the *Income Tax Act*.

7 Unlike business or property income which is fully taxable, income from capital sources was not subject to tax at all in Canada until 1972 and is still partially protected from taxation. Subdivision c of Division B of the Act entitled "Taxable Capital Gains and Allowable Capital Losses" contains all of the rules which apply to income derived from a capital source. The leading section in this subdivision is s. 38 which provides that a taxpayer is taxable on 3/4 of the capital gain from the disposition of property in the year.

8 The distinction between income from office, employment, business and property sources and that from a capital source and the preferential treatment of the latter has long been the subject of academic criticism: see B. J. Arnold, T. Edgar and J. Li, eds., *Materials on Canadian Income Tax* (10th ed. 1993), at p. 297; and *Report of the Royal Commission on Taxation* (Carter Report) (1966), vol. 3, at pp. 62-67. The distinction between amounts of an income nature and those of a capital nature was imported into the Canadian tax system from the United Kingdom where it is believed to have originated from a primarily agricultural economy whose concept of income was the fruits of productive source. In spite of the uncertainty of origins of the distinction between capital gain and other income and the criticisms of preferential tax treatment of capital gain, differential tax treatment of capital gain and income remains a fundamental feature of the Canadian taxation system.

C. Principles of Interpretation

9 The central question on this appeal of whether the appellant is entitled to take advantage of the

revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien. La disposition principale de cette sous-section est l'art. 9 qui prévoit que le contribuable est assujéti à l'impôt sur le bénéfice qu'il tire d'une entreprise ou d'un bien pour l'année. Le mot «bénéfice» n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Contrairement au revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien, qui est imposable en totalité, le revenu tiré de biens en immobilisation n'était aucunement assujéti à l'impôt avant 1972, et il est encore partiellement soustrait à l'impôt. La sous-section c de la section B de la Loi, intitulée «Gains en capital imposables et pertes en capital déductibles», énonce toutes les règles qui s'appliquent au revenu tiré d'un bien en immobilisation. La disposition principale de cette sous-section est l'art. 38, qui prévoit qu'un contribuable doit payer de l'impôt sur les 3/4 du gain en capital qu'il a réalisé, durant l'année, lors de l'aliénation du bien.

La distinction entre le revenu tiré d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise ou d'un bien, et le revenu tiré de biens en immobilisation, de même que le traitement préférentiel accordé à ce dernier revenu font depuis longtemps l'objet de critiques de la part d'auteurs: voir B. J. Arnold, T. Edgar et J. Li, dir., *Materials on Canadian Income Tax* (10^e éd. 1993), à la p. 297, et le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité* (rapport Carter) (1966), t. 3, aux pp. 72 à 77. La distinction en droit fiscal canadien entre les montants qui tiennent du revenu et ceux qui tiennent de l'immobilisation a été empruntée au Royaume-Uni, où l'on croit qu'elle serait née d'une économie principalement agricole dans laquelle le revenu était le fruit d'une source productive. En dépit de l'incertitude qui entoure les origines de la distinction entre le gain en capital et les autres revenus et en dépit des critiques exprimées à l'endroit du traitement fiscal préférentiel accordé au gain en capital, le traitement fiscal différentiel du gain en capital et du revenu demeure une caractéristique fondamentale du régime fiscal canadien.

C. Principes d'interprétation

La question principale soulevée dans le présent pourvoi, soit celle de savoir si l'appellant a le droit

inventory valuation method in s. 10 of the Act involves a careful examination of the wording of the provisions of the Act and a consideration of the proper interpretation of these sections in the light of the basic structure of the Canadian taxation scheme which is established in the *Income Tax Act*.

In interpreting sections of the *Income Tax Act*, the correct approach, as set out by Estey J. in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, is to apply the plain meaning rule. Estey J. at p. 578 relied on the following passage from E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The principle that the plain meaning of the relevant sections of the *Income Tax Act* is to prevail unless the transaction is a sham has recently been affirmed by this Court in *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312. Iacobucci J., writing for the Court, held at pp. 326-27 that:

While it is true that the courts must view discrete sections of the *Income Tax Act* in light of the other provisions of the Act and of the purpose of the legislation, and that they must analyze a given transaction in the context of economic and commercial reality, such techniques cannot alter the result where the words of the statute are clear and plain and where the legal and practical effect of the transaction is undisputed: *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175, at p. 194; see also *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

I accept the following comments on the *Antosko* case in P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), Section 22.3(c) "Strict and purposive interpretation", at pp. 453-54:

de se prévaloir de la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire prévue à l'art. 10 de la Loi, nécessite un examen attentif du libellé des dispositions de la Loi, de même qu'une étude de l'interprétation qu'il convient de donner à ces articles à la lumière de la structure de base du régime fiscal canadien établi dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Pour interpréter les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il convient, comme l'affirme le juge Estey dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, d'appliquer la règle du sens ordinaire. À la page 578, le juge Estey se fonde sur le passage suivant de l'ouvrage de E. A. Driedger, intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Le principe voulant que le sens ordinaire des dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévale, à moins d'être en présence d'une opération simulée, a récemment été approuvé par notre Cour dans l'arrêt *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312. Le juge Iacobucci affirme, au nom de la Cour, aux pp. 326 et 327:

Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu'ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale, ces techniques ne sauraient altérer le résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l'effet juridique et pratique de l'opération est incontesté: *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, à la p. 194; voir également *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

J'accepte les commentaires suivants qui ont été faits à l'égard de l'arrêt *Antosko* dans l'ouvrage de P. W. Hogg et J. E. Magee, intitulé *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), dans la section 22.3(c) [TRADUCTION] «Interprétation stricte et fondée sur l'objet visé», aux pp. 453 et 454:

10

11

It would introduce intolerable uncertainty into the Income Tax Act if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court's view of the object and purpose of the provision. . . . [The *Antosko* case] is simply a recognition that "object and purpose" can play only a limited role in the interpretation of a statute that is as precise and detailed as the Income Tax Act. When a provision is couched in specific language that admits of no doubt or ambiguity in its application to the facts, then the provision must be applied regardless of its object and purpose. Only when the statutory language admits of some doubt or ambiguity in its application to the facts is it useful to resort to the object and purpose of the provision.

D. Plain Meaning of Section 10

12 The primary section whose interpretation is in dispute is s. 10:

10. (1) For the purpose of computing income from a business, the property described in an inventory shall be valued at its cost to the taxpayer or its fair market value, whichever is lower, or in such other manner as may be permitted by regulation.

The plain reading of this section is that it is a mandatory provision requiring a taxpayer who computes income from a business to value the inventory at the lower of cost or market value or as permitted by regulation. Thus, *prima facie*, the taxpayer must meet two requirements in order to use this section: the venture at issue must be a "business" and the property in question must be "inventory".

(1) Is the Appellant's Venture a Business?

13 The definition of "business" in s. 248(1) specifically includes an adventure in the nature of trade:

"business", includes a profession, calling, trade, manufacture or undertaking of any kind whatever and, except for the purposes of paragraph 18(2)(c), an adventure or concern in the nature of trade but does not include an office or employment; [Emphasis added.]

[TRANSLATION] La Loi de l'impôt sur le revenu serait empreinte d'une incertitude intolérable si le libellé clair d'une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions tacites tirées de la conception qu'un tribunal a de l'objet de la disposition. [. . .] [L'arrêt *Antosko*] ne fait que reconnaître que «l'objet» ne peut jouer qu'un rôle limité dans l'interprétation d'une loi aussi précise et détaillée que la Loi de l'impôt sur le revenu. Lorsqu'une disposition est rédigée dans des termes précis qui n'engendrent aucun doute ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée nonobstant son objet. Ce n'est que lorsque le libellé de la loi engendre un certain doute ou une certaine ambiguïté, quant à son application aux faits, qu'il est utile de recourir à l'objet de la disposition.

D. Le sens ordinaire de l'art. 10

La principale disposition dont l'interprétation est contestée est l'art. 10:

10. (1) Aux fins du calcul du revenu tiré d'une entreprise, les biens figurant dans un inventaire sont évalués au coût supporté par le contribuable ou à leur juste valeur marchande, le moins élevé de ces deux éléments étant à retenir, ou de toute autre façon permise par les règlements.

D'après le sens ordinaire de cet article, il s'agit d'une disposition impérative qui oblige le contribuable, lors du calcul de son revenu tiré d'une entreprise, à évaluer les biens figurant dans l'inventaire au moindre de leur coût et de leur valeur marchande, ou d'une autre façon permise par les règlements. Par conséquent, le contribuable doit, à première vue, satisfaire à deux exigences pour pouvoir recourir à cet article: le projet en cause doit être une «entreprise» et la propriété en question doit être un «bien figurant dans un inventaire».

(1) Le projet de l'appelant est-il une entreprise?

La définition du mot «entreprise» au par. 248(1) inclut expressément un projet comportant un risque de caractère commercial:

«entreprise» ou «affaire» comprend une profession, un métier, un commerce, une manufacture ou une activité de quelque genre que ce soit et, sauf aux fins de l'alinéa 18(2)c), comprend un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial mais ne comprend pas une charge ni un emploi; [Je souligne.]

An “adventure in the nature of trade” is not defined in the Act but is a term which has a meaning established by the common law.

Both parties in this appeal accept that the appellant’s real estate venture constitutes an adventure in the nature of trade. Nevertheless, it is useful to briefly examine the requirements for an adventure in the nature of trade since these requirements serve to limit the scope of ventures which are eligible to use the provisions of s. 10(1).

The concept of an adventure in the nature of trade is a judicial creation designed to determine which purchase and sale transactions are of a business nature and which are of a capital nature. This question was particularly important prior to 1972 when capital transactions were completely exempt from taxation. The question was succinctly stated by Clerk L.J. in *Californian Copper Syndicate v. Harris* (1904), 5 T.C. 159 (Ex., Scot.), at p. 166:

Is the sum of gain that has been made a mere enhancement of value by realising a security, or is it a gain made in an operation of business in carrying out a scheme for profit-making?

The first requirement for an adventure in the nature of trade is that it involve a “scheme for profit-making”. The taxpayer must have a legitimate intention of gaining a profit from the transaction. Other requirements are conveniently summarized in Interpretation Bulletin IT-459 “Adventure or Concern in the Nature of Trade” (September 8, 1980) which references Interpretation Bulletin IT-218 “Profit from the Sale of Real Estate” (May 26, 1975) for a summary of the relevant factors when the property involved is real estate.

IT-218R, which replaced IT-218 in 1986, lists a number of factors which have been used by the courts to determine whether a transaction

L’expression «projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial» n’est pas définie dans la Loi, mais elle a un sens établi par la common law.

Les deux parties au présent pourvoi reconnaissent que le projet immobilier de l’appelant constitue un projet comportant un risque de caractère commercial. Il est néanmoins utile d’examiner brièvement les éléments constitutifs d’un tel projet puisqu’ils servent à limiter la gamme de projets susceptibles de permettre l’application des dispositions du par. 10(1).

La notion de projet comportant un risque de caractère commercial est une création jurisprudentielle visant à départager les opérations d’achat et de vente qui sont de nature commerciale de celles qui tiennent d’une immobilisation. Cette question revêtait une importance particulière avant 1972, puisque les opérations portant sur des immobilisations étaient alors totalement exonérées d’impôt. La question a été énoncée succinctement par le lord juge Clerk dans l’arrêt *Californian Copper Syndicate c. Harris* (1904), 5 T.C. 159 (Ex., Scot.), à la p. 166:

[TRADUCTION] Le gain est-il une simple plus-value due à la réalisation d’un titre, ou est-ce un gain fait dans le cadre d’une entreprise conformément à un plan visant la réalisation d’un bénéfice?

La première condition de l’existence d’un projet comportant un risque de caractère commercial est qu’il comporte un «plan visant la réalisation d’un bénéfice». Le contribuable doit avoir l’intention légitime de tirer un bénéfice de l’opération. Les autres conditions sont énoncées utilement dans le bulletin d’interprétation IT-459, intitulé «Projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial» (8 septembre 1980), qui fait mention du bulletin d’interprétation IT-218, intitulé «Profits sur la vente de biens immeubles» (26 mai 1975), comme document où sont résumés les facteurs pertinents dans le cas de biens immeubles.

Le bulletin IT-218R, qui a remplacé le bulletin IT-218 en 1986, énumère un certain nombre de facteurs dont les tribunaux se sont servis pour

14

15

16

17

involving real estate is an adventure in the nature of trade creating business income or a capital transaction involving the sale of an investment. Particular attention is paid to:

- (i) The taxpayer's intention with respect to the real estate at the time of purchase and the feasibility of that intention and the extent to which it was carried out. An intention to sell the property for a profit will make it more likely to be characterized as an adventure in the nature of trade.
- (ii) The nature of the business, profession, calling or trade of the taxpayer and associates. The more closely a taxpayer's business or occupation is related to real estate transactions, the more likely it is that the income will be considered business income rather than capital gain.
- (iii) The nature of the property and the use made of it by the taxpayer.
- (iv) The extent to which borrowed money was used to finance the transaction and the length of time that the real estate was held by the taxpayer. Transactions involving borrowed money and rapid resale are more likely to be adventures in the nature of trade.

déterminer si une opération immobilière constitue un projet comportant un risque de caractère commercial qui génère un revenu d'entreprise ou une opération portant sur une immobilisation, impliquant la vente d'un placement. Une attention particulière est accordée à:

- (i) L'intention du contribuable relativement au bien immeuble au moment de l'achat, ses possibilités de réalisation et la mesure dans laquelle cette intention est réalisée. L'intention de revendre la propriété avec bénéfice la rendra plus susceptible d'être qualifiée de projet comportant un risque de caractère commercial.
- (ii) La nature de l'entreprise, de la profession, du métier ou de l'occupation du contribuable et des associés. Plus l'entreprise ou la profession d'un contribuable est liée aux transactions immobilières, plus il est probable que le revenu réalisé sera considéré comme un revenu tiré d'une entreprise plutôt que comme un gain en capital.
- (iii) La nature du bien et l'usage qu'en fait le contribuable.
- (iv) La mesure dans laquelle l'argent emprunté a servi à financer l'acquisition du bien immeuble et la période pendant laquelle le bien immeuble a été détenu par le contribuable. Les opérations impliquant emprunt et revente rapide sont plus susceptibles d'être des projets comportant un risque de caractère commercial.

18

The factual record in this case reveals a legitimate "scheme for profit-making" with respect to the Styles Property. The appellant and his associates purchased the Styles Property with the intention of reselling it at a profit. The appellant and his associates planned to split the anticipated profit between designated charities and themselves on a *pro rata* basis. The persons involved in this venture were experienced business people who treated the transaction as a business venture. The land involved was undeveloped real estate which was suitable for resale but unsuitable as an income producing investment or for the personal enjoyment of the appellant or his associates.

Les faits consignés au dossier en l'espèce révèlent la présence d'un «plan [légitime] visant la réalisation d'un bénéfice» à l'égard du domaine Styles. L'appellant et ses associés ont acheté le domaine Styles dans l'intention de le revendre avec bénéfice. L'appellant et ses associés avaient prévu partager proportionnellement le bénéfice escompté entre certains organismes de charité et eux-mêmes. Les personnes engagées dans ce projet étaient des gens d'affaires expérimentés qui le considéraient comme une opération spéculative commerciale. Le terrain en cause était vierge et susceptible d'être revendu mais non de constituer un placement générateur de revenu ou de procurer un agrément personnel à l'appellant ou à ses associés.

I agree with Iacobucci J. that the appellant meets the tests which have been established in the common law for an adventure of trade. The speculative venture in which the appellant was involved was clearly an adventure of a business nature rather than an investment of a capital nature. Like my colleague, I respectfully disagree with the trial judge ([1992] 2 F.C. 552) and Marceau J.A. ([1993] 3 F.C. 607) that s. 10(1) does not apply to a business which is an adventure in the nature of trade: see *Bailey v. M.N.R.*, 90 D.T.C. 1321 (T.C.C.), at p. 1328. I affirm the succinct summary of the law contained in IT-218R:

The word “business” is defined in subsection 248(1) so as to include, inter alia, an adventure or concern in the nature of trade. This definition can cause an isolated transaction involving real estate to be considered a business transaction. As a business, any gain or loss which arises therefrom is, by virtue of section 9, required to be included in computing income or loss, as the case may be.

(2) Is the Styles Property “Inventory”?

In order to take advantage of the valuation method in s. 10(1), a taxpayer must also establish that the property in question is inventory. A definition of “inventory” is contained in s. 248(1) of the Act:

“inventory” means a description of property the cost or value of which is relevant in computing a taxpayer’s income from a business for a taxation year;

The first point to note about this definition of inventory is that property is not required to contribute directly to income in a taxation year in order to qualify as inventory. Provided that the cost or value of an item of property is relevant in computing business income in a year that property will qualify as inventory. Generally the cost or value of an item of property will appear as an

Je conviens avec le juge Iacobucci que l’appellant satisfait à tous les critères établis en common law relativement à un projet comportant un risque de caractère commercial. L’opération spéculative dans laquelle l’appellant était engagé était clairement un projet comportant un risque de caractère commercial plutôt qu’un placement tenant d’une immobilisation. À l’instar de mon collègue, je ne partage pas, en toute déférence, l’avis du juge de première instance ([1992] 2 C.F. 552) et du juge Marceau de la Cour d’appel ([1993] 3 C.F. 607), voulant que le par. 10(1) ne s’applique pas à une entreprise qui est un projet comportant un risque de caractère commercial: voir *Bailey c. M.R.N.*, 90 D.T.C. 1321 (C.C.I.), à la p. 1328. Je reprends le résumé sommaire du droit applicable, que contient le bulletin IT-218R:

Le terme «entreprise» est défini dans le paragraphe 248(1) et comprend entre autres choses, un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. En vertu de cette définition, une transaction isolée mettant en cause des biens immeubles peut être considérée comme une transaction d’entreprise. Comme pour toute entreprise, les gains ou les pertes qui en découlent doivent, en vertu de l’article 9, être pris en compte dans le calcul du revenu ou de la perte, selon le cas.

(2) Le domaine Styles est-il un bien figurant dans un «inventaire»?

Pour pouvoir bénéficier de la méthode d’évaluation prévue au par. 10(1), le contribuable doit aussi établir que le bien-fonds en question est un bien figurant dans un inventaire. La définition suivante du terme «inventaire» figure au par. 248(1) de la Loi:

«inventaire» signifie la description des biens dont le prix ou la valeur entre dans le calcul du revenu qu’un contribuable tire d’une entreprise pour une année d’imposition;

Le premier élément à noter au sujet de cette définition du terme «inventaire» est qu’il n’est pas nécessaire que ces biens contribuent directement au revenu pour une année d’imposition pour pouvoir être considérés comme des biens figurant dans un inventaire. Il suffit que le coût ou la valeur d’un bien entre dans le calcul du revenu d’entreprise pour une année, pour que ce bien fasse partie des

expense (and the sale price as revenue) in the computation of income.

21 Reduced to its simplest terms, the income or profit from the sale of a single item of inventory by a sales business is the ordinary tracing formula calculated by subtracting the purchase cost of the item from the proceeds of sale. This is the basic formula which applies to the calculation of profit before the value of inventory is taken into account, as is made clear by Abbott J. in *Minister of National Revenue v. Irwin*, [1964] S.C.R. 662, at pp. 664-65:

The law is clear therefore that for income tax purposes gross profit, in the case of a business which consists of acquiring property and reselling it, is the excess of sale price over cost, subject only to any modification effected by the "cost or market, whichever is lower" rule.

Thus, for any particular item:

Income = Profit = Sale Price — Purchase Cost.

22 It is clear from the formula above that the cost of an item of property sold by a business is relevant in computing the income from the business in the taxation year in which it is sold. As discussed above, an adventure in the nature of trade constitutes a business under the Act. Therefore, an item of property sold as part of an adventure in the nature of trade is relevant to the computation of the taxpayer's income from a business in the taxation year of disposition and so is inventory according to the plain language of the definition in s. 248(1).

23 The respondent argued that even if the Styles Property were inventory in the year of disposition it would not qualify as inventory in preceding years. Specifically the respondent urged that the phrase "relevant in computing a taxpayer's income from a business for a taxation year" requires that

biens figurant dans un inventaire. En général, le coût ou la valeur d'un bien est comptabilisé comme une dépense (et le prix de vente comme un revenu) dans le calcul du revenu.

Réduit à sa plus simple expression, le revenu ou le bénéfice tiré de la vente d'un seul article d'inventaire par une entreprise commerciale est, selon la formule d'identification ordinaire, calculé en soustrayant le coût de son acquisition du produit de sa vente. C'est la formule de base qui s'applique au calcul du bénéfice avant que n'entre en ligne de compte la valeur des biens figurant dans un inventaire, comme l'a clairement affirmé le juge Abbott dans l'arrêt *Minister of National Revenue c. Irwin*, [1964] R.C.S. 662, aux pp. 664 et 665:

[TRADUCTION] D'après la loi, il est donc clair qu'aux fins de l'impôt sur le revenu, dans le cas d'une entreprise consacrée à acquérir des biens et à les revendre, le bénéfice brut s'établit selon l'excédent du prix de vente sur le coût, sous réserve uniquement de toute modification due à la règle du «moindre du coût et de la valeur marchande».

Par conséquent, pour tout article particulier:

Revenu = bénéfice = prix de vente — coût d'acquisition.

Il ressort clairement de cette formule que le coût d'un bien vendu par une entreprise entre dans le calcul du revenu de l'entreprise pour l'année d'imposition au cours de laquelle il est vendu. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, un projet comportant un risque de caractère commercial constitue une entreprise au sens de la Loi. Par conséquent, un bien vendu dans le cadre d'un tel projet entre dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise par un contribuable durant l'année d'imposition au cours de laquelle il est aliéné, de sorte qu'il fait partie des biens figurant dans un inventaire au sens ordinaire de la définition donnée au par. 248(1).

L'intimée a fait valoir que même si le domaine Styles avait été un bien figurant dans un inventaire durant l'année de l'aliénation, il n'aurait pu être qualifié de la sorte pendant les années précédentes. Plus précisément, l'intimée a fait valoir que l'expression «entre dans le calcul du revenu qu'un

the characterization of each item of property as inventory (or not) be made on an annual basis on the basis of the relevance of the item to the computation of income for that taxation year. The respondent relied on dicta to this effect in *Canada v. Dresden Farm Equipment Ltd.*, [1989] 1 C.T.C. 99 (F.C.A.), at p. 105, a case which held that a taxpayer may not deduct an inventory allowance on goods in which the taxpayer has no property but merely holds on consignment. The respondent's argument on this point was accepted by Létourneau J.A. in the Federal Court of Appeal ([1993] 3 F.C. 607, at pp. 617-18) and is relied upon by Iacobucci J.

In my opinion, the interpretation urged by the respondent runs contrary to the natural meaning of the words used in the definition of inventory in s. 248(1) and to common sense. The plain meaning of the definition in s. 248(1) is that an item of property need only be relevant to business income in a single year to qualify as inventory: "relevant in computing a taxpayer's income from a business for a taxation year". In this respect the definition of "inventory" in the *Income Tax Act* is consistent with the ordinary meaning of the word. In the normal sense, inventory is property which a business holds for sale and this term applies to that property both in the year of sale and in years where the property remains as yet unsold by a business.

In addition to the plain meaning of the words, several other considerations militate against the respondent's interpretation of the definition of "inventory" in s. 248(1).

First, an examination of other definitions in the *Income Tax Act* reveals that there is a particular phraseology used in the definition of things, amounts or concepts which must be determined on an annual basis. The definitions of income (in s. 9

contribuable tire d'une entreprise pour une année d'imposition» exige que la qualification de chaque bien comme faisant partie (ou non) des biens figurant dans un inventaire se fasse sur une base annuelle en fonction de la pertinence du bien relativement au calcul du revenu pour cette année d'imposition. L'intimée s'est fondée sur des opinions incidentes en ce sens dans l'arrêt *Canada c. Dresden Farm Equipment Ltd.*, [1989] 1 C.T.C. 99, à la p. 105, où la Cour d'appel fédérale a conclu qu'un contribuable ne pouvait réclamer une déduction pour inventaire à l'égard de biens dont il n'était pas propriétaire mais qu'il détenait simplement à titre de consignataire. L'argument de l'intimée sur ce point a été accepté par le juge Létourneau de la Cour d'appel fédérale ([1993] 3 C.F. 607, aux pp. 617 et 618), puis repris par le juge Iacobucci.

À mon avis, l'interprétation que préconise l'intimée est contraire au bon sens et au sens naturel des mots employés dans la définition du terme «inventaire», que l'on trouve au par. 248(1). Le sens ordinaire de la définition du par. 248(1) est qu'il suffit qu'un bien entre dans le calcul du revenu d'entreprise au cours d'une seule année d'imposition pour pouvoir être considéré comme un bien figurant dans un inventaire: «entre dans le calcul du revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise pour une année d'imposition». À cet égard, la définition du mot «inventaire» donnée dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* est conforme au sens ordinaire du terme. Pris dans leur sens normal, les biens figurant dans un inventaire sont des biens qu'une entreprise détient à des fins de vente, et ce terme s'applique à ces biens autant durant l'année de la vente que durant les années au cours desquelles le bien n'a pas encore été vendu par l'entreprise.

Outre le sens ordinaire des mots, plusieurs autres considérations militent contre l'interprétation que l'intimée propose pour la définition du terme «inventaire», que l'on trouve au par. 248(1).

En premier lieu, l'examen d'autres définitions contenues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* révèle l'utilisation d'une phraseologie particulière pour définir des choses, des montants ou des notions qui doivent être déterminés sur une base

24

25

26

and taxable capital gain (in s. 38), both of which must be determined on an annual basis, contain the characteristic phraseology which denotes that requirement:

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

(2) Subject to section 31, a taxpayer's loss for a taxation year from a business or property is the amount of his loss, if any, for the taxation year from that source computed by applying the provisions of this Act respecting computation of income from that source *mutatis mutandis*.

38. For the purposes of this Act,

(a) a taxpayer's taxable capital gain for a taxation year from the disposition of any property is 3/4 of his capital gain for the year from the disposition of that property;

(b) a taxpayer's allowable capital loss for a taxation year from the disposition of any property is 3/4 of his capital loss for the year from the disposition of that property; [Emphasis added.]

This formulaic phraseology appears innumerable times in the definitions in the *Income Tax Act*: see for example: s. 3 "income"; s. 5 "income from office or employment" and "loss from office or employment"; s. 38(c) "allowable business investment loss"; s. 39 "capital gain", "capital loss" and "business investment loss"; s. 41 "taxable net gain"; s. 63(3)(c) "eligible child"; s. 127.2(6)(a) "share-purchase tax credit"; s. 127.3(2)(a) "scientific research and experimental development tax credit"; s. 248(1) "appropriate percentage", "balance-due day" and "gross revenue".

annuelle. Les définitions des mots «revenu» (à l'art. 9) et «gain en capital imposable» (à l'art. 38), qui doivent tous deux être déterminés sur une base annuelle, contiennent la phraséologie caractéristique qui traduit cette obligation:

9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

(2) Sous réserve des dispositions de l'article 31, la perte subie par un contribuable dans une année d'imposition relativement à une entreprise ou à un bien est le montant de sa perte, si perte il y a, subie dans cette année d'imposition relativement à cette entreprise ou à ce bien, calculée en appliquant *mutatis mutandis* les dispositions de la présente loi afférentes au calcul du revenu tiré de cette entreprise ou de ce bien.

38. Pour l'application de la présente loi:

a) le gain en capital imposable d'un contribuable, pour une année d'imposition, tiré de la disposition d'un bien est égal aux 3/4 du gain en capital que le contribuable a réalisé, pour l'année, à la disposition du bien;

b) la perte en capital déductible d'un contribuable, pour une année d'imposition, résultant de la disposition d'un bien est égale aux 3/4 de la perte en capital que le contribuable a subie, pour l'année, à la disposition du bien; [Je souligne.]

Cette phraséologie qui fait formule se retrouve dans maintes définitions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*: voir, par exemple: à l'art. 3, «revenu»; à l'art. 5, «revenu tiré d'une charge ou d'un emploi» et «perte résultant d'une charge ou d'un emploi»; à l'al. 38c), «perte déductible au titre d'un placement d'entreprise»; à l'art. 39, «gain en capital», «perte en capital» et «perte au titre d'un placement d'entreprise»; à l'art. 41, «gain net imposable»; à l'art. 63(3)c), «enfant admissible»; à l'al. 127.2(6)a), «crédit d'impôt à l'achat d'actions»; à l'al. 127.3(2)a), «crédit d'impôt pour la recherche scientifique et le développement expérimental»; au par. 248(1), «taux de base pour l'année», «date d'exigibilité du solde» et «revenu brut».

L'intimée demande à notre Cour d'interpréter la définition du terme «inventaire» comme si elle était ainsi formulée:

The respondent is asking this Court to interpret the definition of "inventory" as though it read:

“inventory” [for a taxation year] means a description of property the cost or value of which is relevant in computing a taxpayer’s income from a business for [the] taxation year;

The principal problem with the respondent’s interpretation is that the bracketed words do not appear in the definition in the *Income Tax Act*. The addition of these words to the definition effects a significant change to the sense of the definition. It is a basic principle of statutory interpretation that the court should not accept an interpretation which requires the insertion of extra wording where there is another acceptable interpretation which does not require any additional wording. Reading extra words into a statutory definition is even less acceptable when the phrases which must be read in appear in several other definitions in the same statute. If Parliament had intended to require that property must be relevant to the computation of income in a particular year in order to be inventory in that year, it would have added the necessary phraseology to make that clear.

The second problem with the interpretation proposed by the respondent is that it is inconsistent with the basic division in the *Income Tax Act* between business income and capital gain. As discussed above, subdivision b of Division B of the Act deals with business and property income and subdivision c of Division B deals with capital gains. The Act defines two types of property, one of which applies to each of these sources of revenue. Capital property (as defined in s. 54(b)) creates a capital gain or loss upon disposition. Inventory is property the cost or value of which is relevant to the computation of business income. The Act thus creates a simple system which recognizes only two broad categories of property. The characterization of an item of property as inventory or capital property is based primarily on the type of income that the property will produce.

«inventaire» [pour une année d’imposition] signifie la description des biens dont le prix ou la valeur entre dans le calcul du revenu qu’un contribuable tire d’une entreprise pour [l’]année d’imposition;

Le principal problème que pose l’interprétation préconisée par l’intimée découle du fait que les mots entre crochets ne figurent pas dans la définition de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. L’ajout de ces mots à la définition a pour effet de changer considérablement le sens de la définition. Selon un principe fondamental en matière d’interprétation des lois, un tribunal ne devrait pas accepter une interprétation qui nécessite l’ajout de mots, lorsqu’il existe une autre interprétation acceptable qui ne requiert aucun ajout de cette nature. L’ajout de mots dans une définition qui figure dans une loi est encore moins acceptable lorsque les termes qui doivent être ajoutés figurent dans plusieurs autres définitions de cette même loi. Si le législateur avait voulu exiger que le bien entre dans le calcul du revenu au cours d’une année particulière, de manière à constituer un bien figurant dans un inventaire pour cette même année, il aurait ajouté la phraséologie nécessaire pour exprimer clairement cette volonté.

Le deuxième problème que pose l’interprétation préconisée par l’intimée tient à son incompatibilité avec la dichotomie fondamentale que la *Loi de l’impôt sur le revenu* établit entre le revenu d’entreprise et le gain en capital. Comme cela a déjà été mentionné, la sous-section b de la section B de la Loi porte sur le revenu tiré d’une entreprise ou d’un bien, tandis que la sous-section c de la section B porte sur les gains en capital. La Loi définit deux types de biens, qui correspondent respectivement à chacune de ces sources de revenu. Les biens en immobilisation (définis à l’al. 54b)) engendrent un gain ou une perte en capital lors de leur aliénation. Les biens figurant dans un inventaire sont des biens dont le coût ou la valeur entre dans le calcul du revenu d’entreprise. La Loi crée ainsi un système simple qui ne reconnaît que deux catégories générales de biens. La qualification d’un bien comme bien figurant dans un inventaire ou comme bien en immobilisation est fondée principalement sur le type de revenu qui sera tiré de ce bien.

29

As discussed above in the context of the definition of an adventure in the nature of trade, a comprehensive discussion of whether the sale of real estate will create income or capital gain can be found in Interpretation Bulletin IT-218R (September 16, 1986). The full title of this Interpretation Bulletin, "Profit, Capital Gains and Losses from the Sale of Real Estate, Including Farmland and Inherited Land and Conversion of Real Estate from Capital Property to Inventory and Vice Versa" emphasizes what the bulletin makes clear — real estate, like other forms of property, must fall into one of two basic categories under the *Income Tax Act*: inventory or capital property.

30

IT-218R clarifies that real estate which is held by the taxpayer as capital property may be used as personal-use property or as an investment for the purpose of gaining or producing income. The sale of this kind of property creates capital gain or capital loss. On the other hand, real estate which is purchased for profitable resale value is inventory which creates business income or loss. In determining whether the gains from a sale of real estate are income or capital particular emphasis is placed on the taxpayer's intention at the time of the initial purchase of the real estate. Thus, a particular piece of real estate becomes either inventory or capital property in the hands of the taxpayer from the time of the original purchase.

31

The basic scheme of dividing property into one of two broad classes under the *Income Tax Act* is further assisted by ss. 13(7) and 45(1). These sections make specific provision for the conversion of real estate from capital property to inventory and vice versa in particular circumstances. As IT-218R explains, these circumstances arise only

Comme cela a déjà été mentionné dans le cadre de la définition d'un projet comportant un risque de caractère commercial, on peut se reporter au bulletin d'interprétation IT-218R (16 septembre 1986) pour une analyse détaillée de la question de savoir si la vente d'un bien immeuble générera un revenu ou un gain en capital. Le titre au complet de ce bulletin d'interprétation, «Bénéfices, gains en capital et pertes provenant de la vente de biens immeubles, y compris les terres agricoles et les terres transmises par décès et la conversion de biens immeubles qui sont des biens en immobilisation en biens figurant dans un inventaire et vice versa», souligne ce que le bulletin exprime clairement, à savoir: les biens immeubles, à l'instar d'autres formes de biens, doivent tomber dans l'une ou l'autre des deux catégories fondamentales reconnues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*: les biens figurant dans un inventaire ou les biens en immobilisation.

Le bulletin IT-218R précise qu'un bien immeuble qui est détenu par le contribuable comme bien en immobilisation peut être utilisé comme bien à usage personnel ou comme placement dans le but de réaliser ou de produire un revenu. La vente de ce type de bien donne lieu à un gain en capital ou à une perte en capital. Par ailleurs, le bien immeuble qui est acheté afin d'être revendu avec bénéfice est un bien figurant dans un inventaire qui génère un revenu d'entreprise ou une perte d'entreprise. Lorsqu'il s'agit de déterminer si les gains tirés de la vente d'un bien immeuble constituent un revenu ou des gains en capital, l'on tient particulièrement compte de l'intention du contribuable au moment de l'achat initial du bien immeuble. Par conséquent, un bien immeuble particulier devient soit un bien figurant dans un inventaire soit un bien en immobilisation entre les mains du contribuable dès le moment de l'achat initial.

Le régime fondamental qui consiste à répartir les biens dans l'une ou l'autre des deux catégories prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* est étayé davantage par les par. 13(7) et 45(1). Ces dispositions prévoient expressément la conversion de biens immeubles de la catégorie des biens en immobilisation en biens figurant dans un inven-

when the taxpayer's intention and use of the property change subsequent to the initial purchase. Sections 13(7) and 45(1) provide for the transfer to be made by means of a deemed disposition and reacquisition at fair market value. The deemed reacquisition at the time when the taxpayer's intention with respect to the property is materially changed reflects the fact that the category of the property is determined according to the taxpayer's intention at the time of acquisition.

The interpretation of "inventory" urged by the respondent is fundamentally incompatible with the statutory dichotomy between inventory and capital property in two respects. First, it would require a change in the characterization of particular items of property on the basis of annual relevance to income rather than according to the carefully tailored circumstances enumerated in ss. 13(7) and 45(1). Second, and more seriously, if an item of property is not relevant to income in a particular year, it does not convert to capital property unless it meets the requirements of ss. 13(7) and 45(1). Under the respondent's proposed interpretation, an item of property would not be inventory in a year in which it was not relevant to income and thus would cease to exist for the purposes of the *Income Tax Act* in that year. This runs contrary to the scheme of the Act which classifies every piece of property owned by a taxpayer into one of the two broad classes. It creates an absurdity for items of property held for sale by a business to simply disappear from the scheme of the Act in years prior to sale.

Thirdly, the interpretation proposed by the respondent is inconsistent with the commonly understood definition of the term. In the ordinary sense of the term, an item of property which a business keeps for the purpose of offering it for sale constitutes inventory at any time prior to the

taire, et vice versa, dans certaines circonstances. Comme l'explique le bulletin IT-218R, ces circonstances ne surviennent que lorsque le changement dans l'intention du contribuable et dans l'utilisation qu'il fait du bien survient après l'achat initial. Les paragraphes 13(7) et 45(1) prévoient que le transfert se fait au moyen d'une présomption d'aliénation et de nouvelle acquisition du bien à sa juste valeur marchande. La nouvelle acquisition présumée au moment où l'intention du contribuable quant au bien a changé sensiblement reflète le fait que la catégorie du bien est déterminée en fonction de l'intention du contribuable au moment de l'acquisition.

L'interprétation du terme «inventaire», que préconise l'intimée, est fondamentalement incompatible, à deux égards, avec la dichotomie que la Loi établit entre les biens figurant dans un inventaire et les biens en immobilisation. En premier lieu, elle nécessiterait une modification de la qualification de certains biens en fonction de leur pertinence annuelle dans le calcul du revenu plutôt que selon les circonstances précises qui sont énumérées aux par. 13(7) et 45(1). En deuxième lieu, ce qui est plus grave, si un bien n'entre pas dans le calcul du revenu pour une année donnée, cela n'en fait pas un bien en immobilisation à moins qu'il ne satisfasse aux conditions des par. 13(7) et 45(1). Selon l'interprétation proposée par l'intimée, un bien ne serait pas un bien figurant dans un inventaire pendant une année où il n'entre pas dans le calcul du revenu, et il cesserait ainsi d'exister pour cette année, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cela va à l'encontre du régime de la Loi qui classe chaque bien appartenant à un contribuable dans l'une ou l'autre des deux catégories fondamentales. Il est absurde que les biens détenus pour être vendus par une entreprise disparaissent tout simplement du régime de la Loi durant les années antérieures à la vente.

En troisième lieu, l'interprétation proposée par l'intimée est incompatible avec le sens que l'on donne habituellement à la définition du terme. Selon son sens ordinaire, un bien qu'une entreprise conserve pour le mettre en vente constitue un bien figurant dans un inventaire en tout temps avant sa

sale of that item. The ordinary sense of the word also reflects the definition of inventory which is accepted according to ordinary principles of commercial accounting and of business. The Canadian Institute of Chartered Accountants has defined "inventory" as including, *inter alia* "[i]tems of tangible property which are held for sale in the ordinary course of business": *Terminology for Accountants* (3rd ed. 1983), at p. 81. In the specific context of real estate the Canadian Institute of Public Real Estate Companies states that land held for sale and land held for future development and sale is inventory: *Canadian Institute of Public Real Estate Companies Recommended Accounting Practices for Real Estate Companies* (November 1985), at p. 204-1.

34

It was held in *Bailey, supra*, and is accepted by Iacobucci J., that single pieces of real estate held for sale as an adventure of the nature of trade meet the definitions of inventory accepted by the commercial and accounting worlds. These definitions are consistent with the plain meaning interpretation of the definition in the Act which would require only that the item of property be relevant to the computation of income in a single year. However, the interpretation sought by the respondent is considerably more restricted because it would require a connection to income in years prior to sale. I agree with my colleague that the express wording of the *Income Tax Act* is capable of overruling accounting and commercial principles where it is sufficiently explicit. Nevertheless, the Court should be cautious to adopt an interpretation which is clearly inconsistent with the commonly accepted usage of a technical term particularly where an interpretation consistent with common usage is more natural on a plain reading of the definition.

35

The fourth problem with the interpretation of "inventory" proposed by the respondent is that the relationship between s. 10(1) and the definition of "inventory" in s. 248 would become circular. Specifically, reading s. 10(1) and the definition of

vente. Le sens ordinaire du mot reflète aussi la définition du terme «inventaire» qui est acceptée selon les principes comptables et commerciaux ordinaires. L'Institut canadien des comptables agréés a défini le mot «inventaire» comme incluant, notamment, [TRADUCTION] «[d]es biens corporels détenus pour la vente dans le cours normal d'une entreprise»: *Terminology for Accountants* (3^e éd. 1983), à la p. 81. Dans le contexte particulier des biens immeubles, l'Institut canadien des compagnies immobilières publiques affirme qu'un terrain détenu en vue d'être vendu et qu'un terrain détenu en vue d'être mis en valeur et vendu sont des biens à inscrire en inventaire: *Canadian Institute of Public Real Estate Companies Recommended Accounting Practices for Real Estate Companies* (novembre 1985), à la p. 204-1.

Une des conclusions de la décision *Bailey*, précitée, qu'accepte le juge Iacobucci, veut que des terrains individuels acquis pour être vendus dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial soient visés par les définitions du mot «inventaire» acceptées dans les milieux commerciaux et comptables. Ces définitions s'accordent avec l'interprétation selon le sens ordinaire de la définition figurant dans la Loi, qui exigerait uniquement que le bien entre dans le calcul du revenu pour une seule année. Toutefois, l'interprétation préconisée par l'intimée est beaucoup plus restreinte puisqu'elle exigerait un lien avec le revenu durant les années antérieures à la vente. Je conviens avec mon collègue qu'une disposition expresse de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut l'emporter sur les principes comptables et commerciaux, si elle est suffisamment explicite. La Cour ne devrait néanmoins adopter qu'avec prudence une interprétation manifestement incompatible avec l'usage généralement accepté d'un terme technique, particulièrement lorsque, selon le sens ordinaire de la définition, l'interprétation conforme à l'usage courant est plus naturelle.

Le quatrième problème que soulève l'interprétation du terme «inventaire», proposée par l'intimée, découle du fait que le lien entre le par. 10(1) et la définition du terme «inventaire», donnée à l'art. 248, deviendrait tautologique. Plus précisément,

“inventory” proposed by the respondent in tandem would mandate the conclusion that s. 10(1) applies if the property in question is inventory and that the property in question is inventory if s. 10(1) applies. Under the respondent’s interpretation, if the inventory valuation method in s. 10(1) applies then the cost or value of the property is relevant in computing income in the year in question and the property is inventory. On the other hand, if the valuation method does not apply then the cost or value of the property is not relevant to the computation of income and the property is not inventory. Interpretations which lead to circular definitions are contrary to common sense and should be avoided.

For all of the reasons discussed above, I conclude that the correct interpretation of the term “inventory” in s. 248(1) is the one which appears most obvious on a literal reading of the wording that an item of property is inventory if it is relevant to the computation of business income in a year. As a general principle, items of property sold by a business venture will always be relevant to the computation of income in the year of sale.

To the extent that *Dresden Farm Equipment, supra*, relies upon an interpretation which is inconsistent with this approach, I choose not to follow it as it does not deal directly with the issue raised in this case. Instead I prefer to follow the well-established line of cases which have specifically held as part of their *rationes decidendi* that real estate held for resale in an adventure in the nature of trade constitutes “inventory” for the purposes of s. 10(1): *Bailey, supra*; *Weatherhead v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2579 (T.C.C.); *Van Dongen v. The Queen*, 90 D.T.C. 6633 (F.C.T.D.); *Skerrett v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1330 (T.C.C.); and *Cull v. The Queen*, 87 D.T.C. 5322 (F.C.T.D.). I endorse the approach taken in these cases of considering the definition of “inventory” in the context of the basic distinction between business income and

l’interprétation en parallèle du par. 10(1) et de la définition du terme «inventaire» proposée par l’intimée forcerait à conclure que le par. 10(1) s’applique si le bien en question est un bien figurant dans un inventaire, et que le bien en question est un bien figurant dans un inventaire si le par. 10(1) s’applique. Selon l’interprétation proposée par l’intimée, si la méthode d’évaluation des biens figurant dans un inventaire prévue au par. 10(1) s’applique, alors le coût ou la valeur du bien entre dans le calcul du revenu pour l’année en question et le bien est un bien figurant dans un inventaire. Par ailleurs, si la méthode d’évaluation ne s’applique pas, le coût ou la valeur du bien n’entre pas dans le calcul du revenu et le bien n’est pas un bien figurant dans un inventaire. Les interprétations qui donnent lieu à des définitions tautologiques sont contraires au bon sens et devraient être évitées.

Pour toutes les raisons qui viennent d’être données, je conclus que l’interprétation juste du terme «inventaire», figurant au par. 248(1), est celle qui semble la plus évidente selon une interprétation littérale du texte voulant qu’un bien soit un bien figurant dans un inventaire s’il entre dans le calcul du revenu d’entreprise pour une année. En règle générale, les biens vendus par une entreprise commerciale entrent toujours dans le calcul du revenu pour l’année de la vente.

Dans la mesure où l’arrêt *Dresden Farm Equipment*, précité, se fonde sur une interprétation qui est incompatible avec ce point de vue, je choisis de ne pas le suivre puisqu’il ne porte pas directement sur le point soulevé en l’espèce. Je préfère plutôt suivre le courant jurisprudentiel bien établi où il a été expressément statué, dans les *rationes decidendi*, que des biens immeubles détenus pour être revendus dans le cadre d’un projet comportant un risque de caractère commercial constituent des biens figurant dans un «inventaire» aux fins du par. 10(1): *Bailey*, précité; *Weatherhead c. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2579 (C.C.I.); *Van Dongen c. La Reine*, 90 D.T.C. 6633 (C.F. 1^{re} inst.); *Skerrett c. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1330 (C.C.I.), et *Cull c. La Reine*, 87 D.T.C. 5322 (C.F. 1^{re} inst.). Je souscris à la méthode adoptée dans ces affaires, qui consiste à

36

37

capital gain. As Cullen J. stated in *Van Dongen* at p. 6634:

The characterization of these properties as inventory is significant, because any gain or loss from the disposition of the inventory will be treated as business income or loss rather than a capital gain or loss. [Emphasis added.]

38

The Styles Property was relevant to the computation of business income in the taxation year of disposition and therefore it is correctly categorized as “inventory” for the purposes of the *Income Tax Act* both in that year and in preceding years.

(3) The Calculation of “Profit” in Section 10(1)

39

As noted earlier in these reasons, a taxpayer must establish that he or she is involved in a “business” and that the property in question is “inventory” before the valuation scheme in s. 10(1) can be invoked. Since the appellant’s adventure in the nature of trade was a “business” and the Styles Property constituted “inventory”, the appellant was *prima facie* entitled to make use of the valuation scheme set out in s. 10(1). However, as Iacobucci J. has pointed out, the valuation scheme in s. 10(1) does not provide an automatic deduction from income nor does it mandate that any taxpayer with inventory can deduct any loss on fair market value arising therefrom. Rather s. 10(1) mandates how the valuation procedure must take place when ordinary commercial and accounting principles establish that the value of inventory is relevant to the computation of business income in a taxation year.

40

The computation of business income is rooted in s. 9 of the *Income Tax Act*. Section 9 provides that the income from a business for a year is the profit

comprendre la définition du terme «inventaire» dans le contexte de la distinction fondamentale entre le revenu d’entreprise et le gain en capital. Comme l’a dit le juge Cullen dans la décision *Van Dongen*, à la p. 6634:

La classification de ces propriétés comme de l’inventaire est importante, parce que le gain ou la perte découlant de l’aliénation de l’inventaire sera considéré comme un revenu ou une perte d’entreprise plutôt que comme un gain ou une perte en capital. [Je souligne.]

La valeur du domaine Styles entrainé dans le calcul du revenu d’entreprise pour l’année d’imposition au cours de laquelle il était aliéné et c’est donc à juste titre qu’il est classé comme un bien figurant dans un «inventaire» aux fins de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, à la fois pour cette année et pour les années antérieures.

(3) Le calcul du «bénéfice» au par. 10(1)

Comme je l’ai déjà mentionné, pour pouvoir invoquer la méthode d’évaluation établie au par. 10(1), le contribuable doit établir qu’il est engagé dans une «entreprise» et que le bien en question est un bien qui figure dans un «inventaire». Comme le projet comportant un risque de caractère commercial de l’appelant était une «entreprise» et que le domaine Styles était un bien figurant dans un «inventaire», l’appelant avait le droit, à première vue, de recourir à la méthode d’évaluation établie au par. 10(1). Toutefois, comme le juge Iacobucci l’a souligné, la méthode d’évaluation établie au par. 10(1) ne prévoit pas une déduction automatique du revenu, ni qu’un contribuable ayant des biens figurant dans un inventaire peut déduire toute perte de juste valeur marchande qui en découle. Le paragraphe 10(1) précise plutôt comment l’évaluation doit se faire lorsque les principes comptables et commerciaux ordinaires établissent que la valeur des biens figurant dans un inventaire entre dans le calcul du revenu d’entreprise pour une année d’imposition.

Le calcul du revenu d’entreprise est fondé sur l’art. 9 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. L’article 9 prévoit que le revenu tiré d’une entreprise pour

and that loss is to be calculated by applying the same provisions *mutatis mutandis*:

9. (1) [Income from business or property] Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

(2) [Loss from business or property] Subject to section 31, a taxpayer's loss for a taxation year from a business or property is the amount of his loss, if any, for the taxation year from that source computed by applying the provisions of this Act respecting computation of income from that source *mutatis mutandis*.

The Act does not define "profit" nor does it provide any specific rules for the computation of profit. Tax jurisprudence has established that the determination of profit under s. 9(1) is a question of law to be determined according to the business test of "well-accepted principles of business (or accounting) practice" or "well-accepted principles of commercial trading" except where these are inconsistent with the specific provisions of the *Income Tax Act*: see *Gresham Life Assurance Society v. Styles*, [1892] A.C. 309 (H.L.); *Neonex International Ltd. v. The Queen*, 78 D.T.C. 6339 (F.C.A.); *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 723; *Materials on Canadian Income Tax, supra*, at p. 291; and R. Huot, *Understanding Income Tax for Practitioners* (1994-95 edition), at p. 299.

In calculating profit under s. 9 of the *Income Tax Act*, a business calculates its gross profit and then subtracts allowable operating and non-operating expenses. Under well-accepted principles of business and accounting practice gross profit for a business involved in sale is calculated according to the following formula:

Gross Profit = Proceeds of Sale — Cost of Sale

and:

une année est le bénéfice obtenu et que la perte doit être calculée en appliquant *mutatis mutandis* les mêmes dispositions:

9. (1) [Revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien] Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

(2) [Perte provenant d'une entreprise ou d'un bien] Sous réserve des dispositions de l'article 31, la perte subie par un contribuable dans une année d'imposition relativement à une entreprise ou à un bien est le montant de sa perte, si perte il y a, subie dans cette année d'imposition relativement à cette entreprise ou à ce bien, calculée en appliquant *mutatis mutandis* les dispositions de la présente loi afférentes au calcul du revenu tiré de cette entreprise ou de ce bien.

La Loi ne définit pas le terme «bénéfice» et n'établit pas de règles précises pour en faire le calcul. La jurisprudence en matière fiscale a établi que la détermination du bénéfice en vertu du par. 9(1) est une question de droit qui doit être tranchée selon le critère des «principes reconnus de la pratique des affaires (ou comptable)» ou des «principes reconnus des échanges commerciaux», sauf lorsque ceux-ci sont incompatibles avec les dispositions expresses de la *Loi de l'impôt sur le revenu*: voir *Gresham Life Assurance Society c. Styles*, [1892] A.C. 309 (H.L.); *Neonex International Ltd. c. La Reine*, 78 D.T.C. 6339 (C.A.F.); *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 723; *Materials on Canadian Income Tax, op. cit.*, à la p. 291, et R. Huot, *Cours d'impôt* (édition 1994-95), à la p. 1-4.

Pour calculer son bénéfice en vertu de l'art. 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une entreprise calcule d'abord son bénéfice brut, puis en soustrait ses frais d'exploitation et autres frais déductibles. En vertu des principes reconnus de la pratique des affaires et de la pratique comptable, le bénéfice brut d'une entreprise de vente est calculé selon la formule suivante:

bénéfice brut = produit des ventes — coût des ventes

et:

41

42

Cost of Sale = (Value of Inventory at beginning of year + Cost of Inventory acquisitions) — Value of Inventory at end of year.

Thus for a business involved in sales:

Gross Profit = Proceeds of Sale — [(Value of Inventory at beginning of year + Cost of Inventory acquisitions) — Value of Inventory at end of year].

43

This formula was originally designed for companies with significant inventories at a time when computer technology did not allow the specific cost of each item to be easily traced on an individual basis. The formula allowed a business to calculate gross profit on the basis of a single inventory valuation each year rather than keeping detailed ongoing records. It is rather an anachronism in an age where most businesses with significant inventories carefully track both the cost and sale price of each item by means of computer technology. A moment of thought, however, will lead to the conclusion that this formula is merely a convenient shorthand for a two-step process which recognizes profit as the excess of sale proceeds over value for inventory sold in the year and the change in the value of inventory still on hand at the end of the year. Thus the formula could equally be expressed as:

Gross Profit = (Proceeds of Sale — Value of Inventory Sold) + Change in Value of Unsold Inventory.

44

Thus, under well-accepted principles of commercial and accounting practice the value of unsold inventory is relevant to the computation of business income. This is based on the accounting presumption that holding onto unsold inventory represents a cost to a business. This is a principle generally applicable to the calculation of business income from businesses of any size and with inventories of any size although the popular

coût des ventes = (valeur des biens figurant dans l'inventaire au début de l'année + coût des acquisitions) — valeur des biens figurant dans l'inventaire à la fin de l'année.

Par conséquent, pour une entreprise de vente:

bénéfice brut = produit des ventes — [(valeur des biens figurant dans l'inventaire au début de l'année + coût des acquisitions) — valeur des biens figurant dans l'inventaire à la fin de l'année].

Cette formule a été conçue à l'origine pour des sociétés qui comptaient un inventaire important à une époque où l'informatique ne permettait pas d'identifier facilement le coût précis de chaque article. La formule permettait aux entreprises de calculer leur bénéfice brut en fonction d'une seule évaluation des biens figurant dans l'inventaire chaque année au lieu de tenir des registres permanents détaillés. C'est plutôt un anachronisme à une époque où la plupart des entreprises qui comptent un inventaire important suivent de près à la fois le coût et le prix de vente de chaque article grâce à l'informatique. Un moment de réflexion amène toutefois à conclure que cette formule n'est qu'un abrégé pratique d'un processus à deux étapes qui reconnaît le bénéfice comme l'excédent du produit des ventes sur la valeur des biens figurant dans l'inventaire qui ont été vendus durant l'année et la variation de la valeur des biens figurant dans l'inventaire qui sont encore détenus à la fin de l'année. Par conséquent, la formule pourrait également être la suivante:

bénéfice brut = (produit des ventes — valeur des biens figurant dans l'inventaire qui ont été vendus) + variation de la valeur des biens invendus figurant dans l'inventaire.

Ainsi, en vertu des principes reconnus de la pratique des affaires et de la pratique comptable, la valeur des biens invendus figurant dans l'inventaire entre dans le calcul du revenu d'entreprise. Cela est fondé sur la présomption, en matière de comptabilité, que le fait de conserver en inventaire des biens invendus représente des frais pour une entreprise. En outre, il s'agit là d'un principe généralement applicable au calcul du revenu d'entre-

formula was originally created as a convenient shortcut for the computation of business income for companies with large inventories.

Section 10(1) of the *Income Tax Act* recognizes the well accepted commercial and accounting principle of requiring a business to value its inventory at the lower of cost or market value. This principle is an exception to the general principle that neither profits nor losses are recognized until realized. As well, it represents a departure from the general principle that assets are valued at their historical cost. The underlying rationale for this specific exception to the general principles is usually explained as originating in the principle of conservatism. The generally accepted accounting principle applicable in this situation is explained by D. E. Kieso et al., *Intermediate Accounting* (2nd Canadian ed. 1986), at pp. 421-22, as follows:

A major departure from adherence to the historical cost principle is made in the area of inventory valuation. Applying the constraint of conservatism in accounting means recognizing known losses in the period of occurrence. In contrast, known gains are not recognized until realized. If the inventory declines in value below its original cost for whatever reason . . . , the inventory should be written down to reflect this loss. The general rule is that the historical cost principle is abandoned when the future utility (revenue-producing ability) of the asset is no longer as great as its original cost. A departure from cost is justified on the basis that a loss of utility should be reflected as a charge against the revenues in the period in which the loss occurs. Inventories are valued, therefore, on the basis of the lower of cost and market instead of on an original cost basis. [Emphasis added.]

As the above passage makes clear, the well-accepted principle of conservatism which underlies the valuation method in s. 10(1) represents not only an exception to the realization principle (in cases of loss) but also an exception to the principle

prise pour les entreprises et les inventaires de toutes tailles, même si à l'origine la formule populaire a été conçue comme un raccourci pratique pour calculer le revenu d'entreprise des sociétés qui comptent un inventaire important.

Le paragraphe 10(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sanctionne le principe commercial et comptable reconnu, selon lequel une entreprise doit évaluer les biens figurant dans son inventaire au moindre de leur coût et de leur valeur marchande. Ce principe est une exception au principe général voulant que ni les bénéfices ni les pertes ne soient reconnus avant leur réalisation. Il représente, en outre, une dérogation au principe général voulant que les éléments d'actif soient évalués à leur coût d'origine. La raison d'être de cette exception particulière aux principes généraux est habituellement rattachée au principe de prudence. Le principe comptable généralement reconnu qui s'applique à la présente situation est expliqué par D. E. Kieso et autres, dans *Comptabilité intermédiaire* (1991), au pp. 489 et 490:

C'est dans les évaluations de stocks que l'on peut retrouver les principales dérogations au principe du coût d'origine. En comptabilité, la mise en pratique du principe de prudence suppose que l'on constate une perte dès qu'elle s'avère probable et que l'on peut en estimer le montant avec suffisamment de précision. Par contre, selon le principe de réalisation, les gains connus ne sont pas constatés avant d'être matérialisés. Si, pour n'importe quel motif, la valeur des stocks tombe en dessous du coût d'origine [. . .], il faut diminuer la valeur des stocks pour refléter cette perte. En règle générale, lorsque la valeur utile future d'un bien, c'est-à-dire sa capacité de générer des recettes, est moins élevée que son coût d'origine, on abandonne le principe du coût d'origine. Cette dérogation se justifie par le fait qu'une perte de valeur utile doit être passée en charges dans les résultats de l'exercice au cours duquel elle survient. C'est ce qui explique que les stocks sont évalués à leur valeur minimale, c'est-à-dire à leur coût d'origine ou à leur valeur du marché, selon le moins élevé des deux. [Je souligne.]

Comme le passage précédent le montre clairement, le principe de prudence reconnu qui sous-tend la méthode d'évaluation prévue au par. 10(1) représente une exception non seulement au principe de réalisation (dans le cas de pertes), mais

of symmetry since gains are not recognized until they are realized. Thus the taxpayer who is entitled to rely on s. 10(1) is allowed to claim a business loss where the value of inventory falls but is not required to declare a business profit until the inventory is sold even if the value of the inventory rises.

aussi au principe de symétrie, puisque les gains ne sont constatés que lorsqu'ils sont matérialisés. Par conséquent, le contribuable qui est habilité à invoquer le par. 10(1) peut déclarer une perte d'entreprise en cas de baisse de la valeur des biens figurant dans son inventaire, mais il n'est pas tenu de déclarer un bénéfice d'entreprise tant que les biens figurant dans son inventaire ne sont pas vendus, même si leur valeur augmente.

47 In *Ostime v. Duple Motor Bodies, Ltd.*, [1961] 2 All E.R. 167 (H.L.), at pp. 172-73, Lord Reid discussed the fact that generally items should be valued at historical cost but that the "lower of cost or market" exception allows valuation at market value only if market value falls below cost. As Lord Reid pointed out, this lack of symmetry is not entirely logical but it represents good conservative accountancy and therefore has always been recognized as legitimate for taxation purposes:

Dans la décision *Ostime c. Duple Motor Bodies, Ltd.*, [1961] 2 All E.R. 167 (H.L.), aux pp. 172 et 173, lord Reid a traité du fait que les biens devraient généralement être évalués à leur coût d'origine, mais que l'exception du «moindre du coût et de la valeur marchande» permet de procéder à une évaluation selon la valeur marchande si cette dernière devient inférieure au prix coûtant. Comme l'a souligné lord Reid, cette asymétrie n'est pas entièrement logique, mais elle représente une saine pratique comptable de prudence et, partant, elle a toujours été reconnue comme légitime en matière de fiscalité:

If market value [rather than cost] were taken [in all cases], that would generally include an element of profit, and it is a cardinal principle that profit shall not be taxed until realised; if the market value fell before the article was sold the profit might never be realised. But an exception seems to have been recognised for a very long time; if market value has already fallen before the date of valuation, so that, at that date, the market value of the article is less than it cost the taxpayer, then the taxpayer can bring the article in at market value, and in this way anticipate the loss which he will probably incur when he comes to sell it. That is no doubt good conservative accountancy, but it is quite illogical. The fact that it has always been recognised as legitimate is only one instance going to show that these matters cannot be settled by any hard and fast rule or strictly logical principle. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Si l'on retient [dans tous les cas] la valeur marchande [plutôt que le coût], cela comporterait généralement un élément de bénéfice, et, selon un principe capital, le bénéfice ne doit être imposé que lorsqu'il est matérialisé; si la valeur marchande a baissé avant que l'article ne soit vendu, il se peut que le bénéfice ne se matérialise jamais. Mais on semble reconnaître une exception depuis très longtemps; si la valeur marchande a déjà baissé avant la date de l'évaluation, de sorte qu'à cette date la valeur marchande de l'article est moindre que son coût pour le contribuable, alors le contribuable peut déclarer l'article à sa valeur marchande et, de cette façon, anticiper la perte qu'il subira probablement lorsqu'il réussira à le vendre. Il s'agit là sans doute d'une saine pratique comptable de prudence, mais elle est tout à fait illogique. Le fait qu'elle ait toujours été reconnue comme légitime n'est qu'un exemple qui montre que ces questions ne peuvent être réglées au moyen d'une règle absolue ou d'un principe strictement logique. [Je souligne.]

48 The well-accepted business and accounting principles applicable to real estate held out as inventory are illustrated in the *Canadian Institute of Public Real Estate Companies Handbook* (September 1990), at sections 301 and 302:

Les principes commerciaux et comptables reconnus qui s'appliquent aux biens immeubles détenus à titre de biens figurant dans un inventaire sont illustrés dans le manuel de l'Institut canadien des compagnies immobilières publiques (septembre 1990), aux art. 301 et 302:

301. INTRODUCTION

301.1. Real estate property is normally carried at the lower of cost and net realizable value if it is held as inventory and at cost if it is held for investment purposes

302. PROPERTY HELD AS INVENTORY

302.1. Property held as inventory should be stated at the lower of cost and net realizable value.

302.2. Land held for sale currently and land held for future development and sale is inventory and generally accepted accounting principles require that it be stated at the lower of cost and net realizable value.

(Note that “net realizable value” is the estimated selling price plus other estimated revenue reduced by the costs to improve and sell the property — for the purposes of this analysis it is equivalent to fair market value.)

In summary, I conclude that the valuation method in s. 10(1) is available for inventory held as part of an adventure in the nature of trade. The valuation method becomes relevant in any particular taxation year through the calculation of business income. Business income is calculated according to well-accepted commercial and accounting principles. According to these principles the value of inventory is relevant to the computation of income in years prior to sale since it comprises part of the cost of sale. According to the same principles inventory is to be valued at the lower of cost or market value, a specific exception to the general principle of realization. This exception is well accepted in the specific instance relevant to this appeal: the valuation of real estate inventory. This conclusion is fully consistent with the line of cases following *Bailey*. As Cullen J. states in *Van Dongen, supra*, at p. 6639:

[TRADUCTION] 301. INTRODUCTION

301.1. Un bien immeuble est habituellement comptabilisé au moindre de son coût et de sa valeur de réalisation nette s’il est détenu comme un bien figurant dans un inventaire, et au prix coûtant s’il est détenu à des fins de placement. . . .

302. BIEN DÉTENU COMME BIEN FIGURANT DANS UN INVENTAIRE

302.1. Un bien détenu comme bien figurant dans un inventaire devrait être comptabilisé au moindre de son coût et de sa valeur de réalisation nette.

302.2. Un terrain actuellement détenu pour être revendu et un terrain détenu pour être mis en valeur et vendu est un bien figurant dans un inventaire, et les principes comptables généralement reconnus exigent qu’il soit comptabilisé au moindre de son coût et de sa valeur de réalisation nette.

(À noter que la «valeur de réalisation nette» est le prix de vente estimatif plus les autres recettes estimatives, moins les coûts engagés pour améliorer et vendre le bien — pour les fins de la présente analyse, elle équivaut à la juste valeur marchande.)

En résumé, je conclus que la méthode d’évaluation prévue au par. 10(1) peut s’appliquer aux biens figurant dans un inventaire qui sont détenus dans le cadre d’un projet comportant un risque de caractère commercial. La méthode d’évaluation devient applicable pour calculer le revenu d’entreprise au cours de toute année d’imposition donnée. Le revenu d’entreprise est calculé conformément à des principes commerciaux et comptables reconnus. Selon ces principes, la valeur des biens figurant dans un inventaire entre dans le calcul du revenu pour les années antérieures à leur vente puisqu’elle comprend une partie du coût des ventes. Selon les mêmes principes, les biens figurant dans un inventaire doivent être évalués au moindre de leur coût et de leur valeur marchande, à titre d’exception particulière au principe général de réalisation. Cette exception est reconnue dans le cas particulier qui nous intéresse en l’espèce: l’évaluation de biens immeubles figurant dans un inventaire. Cette conclusion s’harmonise pleinement avec le courant jurisprudentiel qui a suivi la décision *Bailey*. Comme le juge Cullen le dit dans la décision *Van Dongen, précitée*, à la p. 6639:

The later *Bailey* case appears to have settled the issue that land held as an adventure in the nature of trade is eligible for inventory write-down.

See also: *Weatherhead, Skerrett, and Cull*.

(4) The Common Law Restriction to Stock-in-Traders

50

The final argument of the respondent which should be addressed is that the inventory valuation method in s. 10(1) is simply a codification of the common law and so is restricted to stock-in-traders. The respondent is correct to note that the common law recognized an exception to the realization principle by allowing inventory to be valued at the lower of cost or market value in the case of stock-in-trade. The common law in Canada is summarized in *Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.*, [1956] A.C. 85, a Canadian case which was appealed from this Court to the Privy Council. Viscount Simonds, speaking for the Privy Council stated (at pp. 100-101):

The income tax law of Canada, as of the United Kingdom, is built upon the foundations described by Lord Clyde in *Whimster & Co. v. Inland Revenue Commissioners* (1925), 12 T.C. 813, 823, in a passage cited by the Chief Justice which may be here repeated. "In the first place, the profits of any particular year or accounting period must be taken to consist of the difference between the receipts from the trade or business *during such year or accounting period* and the expenditure laid out to earn *those receipts*. In the second place, the account of profit and loss to be made up for the purpose of *ascertaining that difference* must be framed consistently with the ordinary principles of commercial accounting, so far as applicable, and in conformity with the rules of the Income Tax Act, or of that Act as modified by the provisions and schedules of the Acts regulating Excess Profits Duty, as the case may be. For example, the ordinary principles of commercial accounting require that in the profit and loss account of a merchant's or manufacturer's business the values of the stock-in-trade at the beginning and at the end of the period covered by the account should be entered at cost or market price, whichever is the lower; although there

Dans la cause ultérieure de *Bailey*, on semble avoir décidé de façon définitive qu'un bien-fonds détenu comme risque de caractère commercial est admissible aux fins de la réduction de la valeur de l'inventaire.

Voir aussi les décisions *Weatherhead, Skerrett et Cull*.

(4) La restriction aux marchands d'articles de commerce, reconnue en common law

Le dernier argument de l'intimée qu'il y a lieu d'examiner veut que la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire, prévue au par. 10(1), ne constitue qu'une codification de la common law et qu'elle ne s'applique ainsi qu'aux seuls marchands d'articles de commerce. L'intimée souligne avec raison que la common law a reconnu une exception au principe de réalisation en permettant d'évaluer des articles de commerce au moindre de leur coût et de leur valeur marchande. L'état de la common law au Canada est résumé dans l'arrêt *Minister of National Revenue c. Anaconda American Brass Ltd.*, [1956] A.C. 85, une affaire canadienne entendue par notre Cour et portée en appel devant le Conseil privé. Le vicomte Simonds affirme, au nom du Conseil privé (aux pp. 100 et 101):

[TRADUCTION] La loi de l'impôt sur le revenu, au Canada comme au Royaume-Uni, repose sur les bases décrites par lord Clyde dans l'affaire *Whimster & Co. c. Inland Revenue Commissioners* (1925), 12 T.C. 813, 823, dans un passage cité par le Juge en chef et qui vaut la peine d'être reproduit ici. «En premier lieu, les bénéfices de quelque année ou de quelque exercice comptable que ce soit doivent être considérés comme étant constitués par la différence entre les recettes du commerce ou de l'entreprise encaissées *pendant cette même année ou ce même exercice comptable* et les dépenses effectuées pour réaliser *ces recettes*. En second lieu, le compte des profits et pertes qu'il faut établir pour *constater cette différence* doit être établi conformément aux principes ordinaires de la comptabilité commerciale, dans la mesure où ils sont applicables, et, selon le cas, aux règles de la Loi de l'impôt sur le revenu ou aux modifications apportées à cette Loi par les dispositions et annexes des lois qui régissent les droits sur les surplus de bénéfices. Par exemple, les principes ordinaires de la comptabilité commerciale exigent que la valeur des articles de commerce soit inscrite dans le compte des profits et pertes d'une entreprise commerciale ou indus-

is nothing about this in the taxing statutes.” [Italics in original; underlining added.]

See also: *Whimster & Co. v. Inland Revenue Commissioners* (1925), 12 T.C. 813 (Ct. Sess., Scot.), at p. 823 (per Lord Clyde); and *BSC Footwear Ltd. v. Ridgway*, [1971] 2 All E.R. 534 (H.L.).

Interestingly, the exception to the realization principle for stock-in-traders existed at common law without any statutory authorization and was based solely on ordinary commercial principles as they existed at that time. As discussed above, ordinary commercial principles would now suggest that all inventory be valued at the lower of cost or market value. The respondent, however, argues that s. 10(1) is merely a codification of the common law as it existed in 1948 when the provision first appeared in the *Income Tax Act*. This argument is accepted by Iacobucci J. who cites the comments of Abbott J. in *Irwin*, *supra*, as authority for this proposition.

I do not accept the argument that s. 10(1) is merely a codification of ordinary commercial principles as they existed and were recognized by the common law in 1948. The *obiter* comments by Abbott J. in *Irwin* (at p. 665) to the effect that the former version of s. 10(1), s. 14(2), was merely a codification of the common law and that s. 14(2) probably did not apply to single pieces of real estate were explicitly not made part of the *ratio* of the decision. Abbott J. did not give any consideration to the specific wording of s. 14(2) which would have been a *sine qua non* to expressing an authoritative opinion on this point.

The appropriate focus in determining whether s. 10(1) is a mere codification of the common law is upon the wording of the section itself. For ease of reference I quote that section once again:

trielle, au début et à la fin d'un exercice donné, au prix coûtant ou au prix courant, suivant le moindre de ceux-ci; la législation fiscale est cependant muette à ce sujet.» [En italique dans l'original; je souligne.]

Voir également: *Whimster & Co. c. Inland Revenue Commissioners* (1925), 12 T.C. 813 (Ct. Sess., Scot.), à la p. 823 (lord Clyde), et *BSC Footwear Ltd. c. Ridgway*, [1971] 2 All E.R. 534 (H.L.).

Fait intéressant, l'exception au principe de réalisation pour les marchands d'articles de commerce existait en common law en l'absence de toute autorisation législative et elle était fondée uniquement sur les principes commerciaux ordinaires en vigueur à l'époque. Comme je l'ai déjà mentionné, les principes commerciaux ordinaires laisseraient maintenant entendre que tous les biens figurant dans un inventaire devraient être évalués selon la méthode du moindre du coût et de la valeur marchande. L'intimée fait cependant valoir que le par. 10(1) n'est qu'une codification de la common law telle qu'elle existait en 1948 lorsque cette disposition est apparue pour la première fois dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cet argument est accepté par le juge Iacobucci qui cite, à l'appui de cette proposition, les commentaires du juge Abbott dans l'arrêt *Irwin*, précité.

Je n'accepte pas l'argument selon lequel le par. 10(1) n'est qu'une codification des principes commerciaux ordinaires tels qu'ils existaient et qu'ils étaient reconnus par la common law en 1948. Les commentaires incidents du juge Abbott dans l'arrêt *Irwin* (à la p. 665), selon lesquels la version antérieure du par. 10(1), à savoir le par. 14(2), n'était qu'une codification de la common law, et que le par. 14(2) ne s'appliquait probablement pas à un bien immeuble unique ont explicitement été exclus de la *ratio decidendi* de la décision. Le juge Abbott n'a aucunement pris en considération le texte précis du par. 14(2), ce qui aurait été nécessaire à une opinion faisant autorité sur ce point.

Pour déterminer si le par. 10(1) n'est qu'une codification de la common law, il convient de s'attarder au texte même de cette disposition. Pour en faciliter la consultation, je cite de nouveau cette disposition:

51

52

53

10. (1) For the purpose of computing income from a business, the property described in an inventory shall be valued at its cost to the taxpayer or its fair market value, whichever is lower, or in such other manner as may be permitted by regulation. [Emphasis added.]

The common law rule was restricted to stock-in-traders. Section 10(1) on the other hand explicitly states that it applies to the inventory of a business. As discussed above, the word business is defined in the Act and specifically includes adventures in the nature of trade. If Parliament had wanted to simply codify the common law it could and would have used the term “ordinary trading business” or “stock-in-trader” both of which had judicially established definitions. Since Parliament chose to use the broader term “business”, there is simply no basis on which to assume that s. 10(1) was no more than a codification of a common law rule. To place such a judicial limit on the clear and unambiguous wording of the statute is a usurpation of the legislative function of Parliament.

54 In rejecting the principal argument of the respondent that s. 10(1) is restricted to stock-in-traders, I must also, with respect, reject a number of other corollary arguments accepted by Iacobucci J.

55 First, I do not accept the argument that s. 10(1) applies only to those who “carry on a business”. A specific judicial interpretation has evolved for the phrase “carry on a business”. That phrase is used in the *Income Tax Act* and is useful for determining the residence of a taxpayer (see s. 253). Once again if Parliament had intended to restrict the ambit of s. 10(1) to taxpayers which carry on a business it would have done so. I can do no better on this point than to quote with approval the response of Rip T.C.J. to this argument in *Bailey*, *supra*, at p. 1330:

10. (1) Aux fins du calcul du revenu tiré d'une entreprise, les biens figurant dans un inventaire sont évalués au coût supporté par le contribuable ou à leur juste valeur marchande, le moins élevé de ces deux éléments étant à retenir, ou de toute autre façon permise par les règlements. [Je souligne.]

La règle de common law ne s'appliquait qu'aux marchands d'articles de commerce. Par contre, le par. 10(1) précise qu'il s'applique aux biens figurant dans l'inventaire d'une entreprise. Tel que mentionné plus haut, le mot «entreprise» est défini dans la Loi et il désigne expressément les projets comportant un risque de caractère commercial. Si le législateur avait tout simplement voulu codifier la common law, il aurait pu employer, et il l'aurait fait, l'expression «entreprise commerciale ordinaire» ou l'expression «marchand d'articles de commerce» qui avaient toutes deux été définies par les tribunaux. Comme le législateur a choisi d'employer le terme plus large «entreprise», il n'y a aucune raison de présumer que le par. 10(1) n'est rien de plus qu'une codification d'une règle de la common law. Imposer une telle limite judiciaire au texte clair et net de la Loi, c'est en quelque sorte usurper la fonction législative du Parlement.

Comme je rejette l'argument principal de l'intimée, voulant que le par. 10(1) ne s'applique qu'aux marchands d'articles de commerce, force m'est aussi de rejeter, en toute déférence, un certain nombre d'autres arguments corollaires acceptés par le juge Iacobucci.

En premier lieu, je n'accepte pas l'argument selon lequel le par. 10(1) ne s'applique qu'aux personnes qui «exploitent une entreprise». Les tribunaux ont donné une interprétation précise à l'expression «exploiter une entreprise». Cette expression est employée dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et elle sert à déterminer le lieu de résidence d'un contribuable (voir l'art. 253). Encore une fois, si le législateur avait voulu restreindre la portée du par. 10(1) aux seuls contribuables qui exploitent une entreprise, il l'aurait fait. À ce sujet, je ne puis que citer avec approbation la réponse que le juge Rip de la Cour canadienne de l'impôt a donnée à cet argument dans la décision *Bailey*, précitée, à la p. 1330:

Subsection 10(1) directs a property to be valued “for the purpose of computing income from a business”. The phrase does not contemplate computing income only from carrying on a business, as suggested by counsel for the respondent. The phrases “carrying on a business” and “carried on a business” are found in several provisions of the Act: see, for example, paragraph 2(3)(b), and subsections 115(1) and 219(1). “To carry on something,” stated Jackett P. in *Tara Exploration [and Development Co. v. M.N.R.]*, 70 D.T.C. 6370, page 6376, “involves continuity of time or operations such as is involved in the ordinary sense of a ‘business’”. When this expression “carry on” is used in the Act, Parliament describes a continuity of time or operations with respect to the factual situation contemplated by the particular provision. Such continuity is not required in subsection 10(1) and its addition to that provision would add nothing to that provision’s ordinance.

I am also unable to accept the argument that because s. 10(1) represents an exception to the general commercial and accounting principle of realization (see *Minister of National Revenue v. Consolidated Glass Ltd.*, [1957] S.C.R. 167, at p. 174 (*per* Rand J.)) and because this exception has been the subject of some academic criticism (see B. J. Arnold, *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), at pp. 332-33), therefore the exception should be read more narrowly than the express words chosen by Parliament.

Although the inventory valuation scheme in s. 10(1) represents an exception to the normal principle of realization, the exception itself is also a well-accepted commercial and accounting principle. While the realization principle applies with respect to capital property, it is subject to an exception in the case of inventory as Rand J. recognized in *Consolidated Glass*, at p. 174:

“Losses sustained” and “profits and gains made” are clearly correlatives and of the same character; but how can profits and gains be considered to have been made in any proper sense of the words otherwise than by

Le paragraphe 10(1) signifie qu’un bien doit être évalué «aux fins du calcul du revenu tiré d’une entreprise». La locution ne propose pas que le calcul du revenu soit tiré seulement de l’exploitation d’une entreprise, tel que suggéré par l’avocat de l’intimé. Les locutions «exploitant une entreprise» et «a exploité une entreprise» se retrouvent dans plusieurs dispositions de la Loi; voir, par exemple, l’alinéa 2(3)b), et les paragraphes 115(1) et 219(1). «Exploiter quelque chose», a déclaré le président Jackett dans l’affaire *Tara Exploration [and Development Co. c. M.R.N.]*, 70 D.T.C. 6370, page 6376, «implique une continuité dans le temps ou dans les opérations, comme celle qu’implique le sens ordinaire du mot «entreprise»». Lorsque le terme «exploiter» est utilisé dans la Loi, le Parlement décrit une continuité dans le temps ou dans les opérations relativement à une situation de faits considérée dans la disposition spécifique. Une telle continuité n’est pas requise dans le paragraphe 10(1) et son adjonction à cette disposition n’ajouterait rien à cette ordonnance de la disposition.

Je ne puis accepter non plus l’argument selon lequel, parce que le par. 10(1) représente une exception au principe commercial et comptable général de la réalisation (voir l’arrêt *Minister of National Revenue c. Consolidated Glass Ltd.*, [1957] R.C.S. 167, à la p. 174 (le juge Rand)), et parce que cette exception a fait l’objet de certaines critiques de la part d’auteurs (voir B. J. Arnold, *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), aux pp. 332 et 333), cette exception devrait donc être interprétée de façon plus restrictive que les mots expressément choisis par le législateur.

Même si le régime d’évaluation des biens figurant dans un inventaire, prévu au par. 10(1), représente une exception au principe normal de réalisation, c’est une exception qui constitue elle-même un principe commercial et comptable reconnu. Bien que le principe de réalisation s’applique aux biens en immobilisation, il fait l’objet d’une exception dans le cas des biens figurant dans un inventaire, comme le juge Rand l’a reconnu dans l’arrêt *Consolidated Glass*, à la p. 174:

[TRADUCTION] Les «pertes subies» et les «bénéfices et gains réalisés» sont clairement corrélatifs et de même nature; mais comment peut-on considérer que des bénéfices et des gains ont été faits au sens propre de ces

56

57

actual realization? This [sic] is no inventory valuation feature in relation to capital assets. [Emphasis added.]

termes, si ce n'est par la réalisation effective? Il n'y a pas d'évaluation de biens figurant dans un inventaire pour des immobilisations. [Je souligne.]

58

Furthermore, it is not the role of the court to restrict the interpretation of the clear statutory language because the exception created by the language has been the subject of academic criticism. Many sections of the *Income Tax Act* have been the subject of academic criticism. By way of example, the basic distinction between capital gain and income has been criticized in a tax text edited by the same Professor Arnold whose criticisms of conservative inventory valuation are relied upon by Iacobucci J.: see *Materials on Canadian Income Tax, supra*, at p. 297. Moreover, Professor Arnold's criticisms of conservative inventory valuation are aimed at any exception to the realization principle and have no greater force when applied to an adventure in the nature of trade seeking to apply the exception on a single item of inventory than to stock-in-trader who seeks to apply the exception to hundreds if not thousands of items of inventory.

En outre, il n'appartient pas aux tribunaux de restreindre l'interprétation à donner à un texte législatif clair parce que l'exception créée par ce texte a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine. Bien des articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont fait l'objet de critiques de la part de la doctrine. Par exemple, la distinction fondamentale entre le gain en capital et le revenu a été critiquée dans un article de droit fiscal publié par le professeur Arnold, l'auteur même des critiques de l'évaluation prudente des biens figurant dans un inventaire, sur lesquelles le juge Iacobucci s'est fondé: voir *Materials on Canadian Income Tax, op. cit.*, à la p. 297. De plus, les critiques que le professeur Arnold a formulées au sujet de l'évaluation prudente des biens figurant dans un inventaire visent toute exception au principe de réalisation et n'ont guère plus de valeur lorsqu'on les applique à un projet comportant un risque de caractère commercial où l'on cherche à appliquer l'exception à un bien unique figurant dans un inventaire, que lorsqu'on les applique à un marchand d'articles de commerce qui cherche à appliquer cette exception à des centaines, voire à des milliers de biens figurant dans un inventaire.

59

My colleague Iacobucci J. accepts the fact that s. 10(1) applies to an adventure in the nature of trade. However, he would restrict the use of the valuation method in s. 10(1) to stock-in-traders and those who "carry on" a business. This effectively prevents s. 10(1) from being applied to an adventure in the nature of trade since by definition an adventurer in the nature of trade is neither a stock-in-trader nor does he "carry on" a business. The restriction placed upon this section by my colleague is based on his view that the object and purpose of the section is to provide a limited exception to the realization principle for stock-in-traders as was provided for at common law. However, as discussed at the beginning of these reasons, the clear language of the *Income Tax Act* takes precedence over a court's view of the object and purpose of a provision. As Hogg and Magee stated in

Mon collègue le juge Iacobucci accepte que le par. 10(1) s'applique à un projet comportant un risque de caractère commercial. Toutefois, il limiterait l'utilisation de la méthode d'évaluation, établie au par. 10(1), aux marchands d'articles de commerce et à ceux qui «exploitent» une entreprise. Cela empêche effectivement d'appliquer le par. 10(1) à un projet comportant un risque de caractère commercial puisque, par définition, un spéculateur n'est pas un marchand d'articles de commerce et n'«exploite» pas une entreprise. La restriction que mon collègue impose à cette disposition est fondée sur son opinion que celle-ci a pour objet de prévoir une exception de portée limitée au principe de réalisation dans le cas des marchands d'articles de commerce, comme c'était le cas en common law. Cependant, comme j'en ai discuté au début des présents motifs, le texte clair de la *Loi de l'impôt*

Principles of Canadian Income Tax Law, supra, at p. 453:

It would introduce intolerable uncertainty into the Income Tax Act if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court's view of the object and purpose of the provision.

Therefore, the object and purpose of a provision need only be resorted to when the statutory language admits of some doubt or ambiguity. In this case, there is no doubt or ambiguity in the statutory language of s. 10(1) which clearly applies to the inventory of a business including an adventure in the nature of trade. Although there is no need to resort to the object and purpose of the section in this case, I would note that the object and purpose of s. 10(1) is fully consistent with allowing the valuation method in that section to be used for adventures in the nature of trade. Section 10(1) is specifically designed as an exception to the principles of realization and matching in order to reflect the well-accepted principle of accounting conservatism. In addition to recognizing accounting conservatism, the section is designed to stop a business from accumulating pregnant losses from declines in the value of inventory. The object and purpose of the section is to prevent businesses from artificially inflating the value of inventory by continuing to hold it at cost when the market value of that inventory has already fallen below cost.

Thus, it should not be assumed that Parliament is opposed to the inventory valuation exception to the realization principle simply because this exception allows unrealized losses in certain circumstances. Although the principal goal of the *Income Tax Act* is to raise national revenue, there are many competing demands and priorities which may shape tax policy in any given circumstances. Changes to the *Income Tax Regulations*, C.R.C. 1978, c. 945, made subsequent to the years at issue

sur le revenu l'emporte sur la conception qu'un tribunal a de l'objet d'une disposition. Comme Hogg et Magee l'affirment dans *Principles of Canadian Income Tax Law, op. cit.*, à la p. 453:

[TRADUCTION] La Loi de l'impôt sur le revenu serait empreinte d'une incertitude intolérable si le libellé clair d'une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions tacites tirées de la conception qu'un tribunal a de l'objet de la disposition.

Par conséquent, il n'est nécessaire de recourir à l'objet d'une disposition que si le texte législatif n'engendre aucun doute ni aucune ambiguïté. En l'espèce, aucun doute ni aucune ambiguïté ne résulte du texte du par. 10(1) qui s'applique clairement à l'inventaire d'une entreprise, y compris un projet comportant un risque de caractère commercial. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à l'objet de la disposition en l'espèce, je soulignerais que l'objet du par. 10(1) est entièrement compatible avec le fait de permettre que la méthode d'évaluation qu'il prévoit soit utilisée relativement à des projets comportant un risque de caractère commercial. Le paragraphe 10(1) est précisément conçu comme une exception aux principes de réalisation et de rattachement, afin de refléter le principe reconnu de prudence comptable. En plus de reconnaître le principe de prudence comptable, cette disposition vise à empêcher désormais une entreprise d'accumuler des pertes en gestation dues à des baisses de valeur des biens figurant dans son inventaire. Elle a pour objet d'empêcher des entreprises d'augmenter artificiellement la valeur des biens figurant dans leur inventaire, en continuant de les détenir au prix coûtant alors que leur valeur marchande est déjà devenue inférieure au prix coûtant.

Ainsi, il ne faudrait pas présumer que le législateur s'oppose à l'exception au principe de réalisation, que constitue l'évaluation des biens figurant dans un inventaire, simplement parce que cette exception permet de déduire des pertes non réalisées dans certaines circonstances. Même si l'objet principal de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est de garnir les coffres de l'État, il existe de nombreuses exigences et priorités qui peuvent inspirer la politique fiscale dans des circonstances données. Des

in this appeal strongly suggest that Parliament supports the principle of accounting conservatism which underlies the inclusion of inventory valuation in the determination of business income.

62

Section 10(1) provides that inventory must be valued at the lower of cost or fair market value or as otherwise permitted by regulation. The relevant regulation is Regulation 1801 which reads as follows in the years in question on this appeal:

1801. [Valuation] Except as provided in section 1802, for the purpose of computing the income of a taxpayer from a business

(a) all the property described in all the inventories of the business may be valued at the cost to him; or

(b) all the property described in all the inventories of the business may be valued at the fair market value.

The combined effect of s. 10(1) and Regulation 1801 was explained in Interpretation Bulletin IT-473 "Inventory Valuation" (March 17, 1981 (as revised by Special Release dated December 5, 1986)) as follows:

Valuation of Inventory

4. Except where an individual has elected under subsection 10(6) to value inventory at nil in computing income from an artistic endeavour (see IT-504), subsection 10(1) of the Act and section 1801 of the Regulations provide three alternative methods of valuing inventory. These are:

(a) valuation at the lower of cost or fair market value for each item (or class of items if specific items are not readily distinguishable) in the inventory;

(b) valuation of entire inventory at cost;

modifications apportées au *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945, subséquemment aux années en cause dans le présent pourvoi donnent fortement à entendre que le législateur appuie le principe de prudence comptable qui sous-tend l'inclusion de l'évaluation des biens figurant dans un inventaire dans le calcul du revenu d'entreprise.

Le paragraphe 10(1) prévoit que les biens figurant dans un inventaire doivent être évalués au moindre de leur coût et de leur juste valeur marchande, ou de toute autre façon permise par les règlements. La disposition réglementaire pertinente est l'art. 1801 du Règlement qui, pendant les années en question, se lisait ainsi:

1801. [Évaluation] Sauf dispositions de l'article 1802, aux fins de calculer le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise

a) tous les biens décrits dans tous les inventaires de l'entreprise peuvent être évalués à ce que lesdits biens lui coûtent; ou

b) tous les biens décrits dans tous les inventaires de l'entreprise peuvent être évalués à leur juste valeur marchande.

L'effet conjugué du par. 10(1) de la Loi et de l'art. 1801 du Règlement est ainsi expliqué dans le bulletin d'interprétation IT-473 intitulé «Évaluation des biens figurant dans un inventaire» (17 mars 1981 (révisé par communiqué spécial en date du 5 décembre 1986)):

Évaluation des biens figurant dans l'inventaire

4. À l'exception du cas d'un particulier qui a choisi en vertu du paragraphe 10(6) d'évaluer à zéro les biens figurant dans son inventaire, en calculant le revenu qu'il tire d'une activité artistique (voir IT-504), le paragraphe 10(1) de la Loi et l'article 1801 du Règlement prévoient trois méthodes d'évaluation des biens figurant dans un inventaire, soit:

a) l'évaluation de chaque objet figurant dans l'inventaire (ou de chaque catégorie d'objets lorsqu'il est difficile de distinguer certains objets précis) au moins élevé des montants suivants: son prix coûtant ou sa juste valeur marchande;

b) l'évaluation de tous les biens figurant dans l'inventaire à leur prix coûtant;

(c) valuation of the entire inventory at fair market value.

Once a taxpayer has adopted, or has been required to adopt, one of the foregoing methods of valuing inventory, the taxpayer must continue to use that method on a consistent basis in subsequent years. . . .

In 1989, Regulation 1801 was amended to read:

1801. [Valuation] Except as provided by section 1802, for the purpose of computing the income of a taxpayer from a business, all the property described in all the inventories of the business may be valued at its fair market value.

The 1989 amendment removed from the taxpayer the option of choosing to value inventory at historical cost and left only the more conservative methods of fair market value or the lower of cost or market value. The practical effect of this amendment is that in years following 1989 the taxpayer must declare a loss for taxation purposes in any year in which the fair market value of inventory falls below historical cost. The taxpayer no longer has the option of postponing this loss until the taxation year in which the loss is actually realized upon sale of the inventory. This is made clear in the "Regulatory Impact Analysis Statement" published along with the amended regulation, SOR/89-419:

This change, which is part of the measures announced by the Minister of Finance on January 15, 1987 relating to the application of losses and other deductions, will prevent a corporation from maintaining at cost inventories which have declined in value and thereby deferring the recognition of a loss by postponing the write-down to fair market value until after a change in control.

The Department of Finance release of January 15, 1987 which accompanied the introduction of this and other amendments to the *Income Tax Act* amply supports the appellant's submission that this amendment was part of a concerted effort by the Department of Finance "to prevent trafficking in

c) l'évaluation de tous les biens figurant dans l'inventaire à leur juste valeur marchande.

Une fois qu'un contribuable a adopté ou a été tenu d'adopter une de ces méthodes d'évaluation des biens de l'inventaire, le contribuable doit continuer de l'utiliser de façon uniforme dans les années suivantes. . . .

En 1989, l'art. 1801 du Règlement a été modifié ainsi:

1801. [Évaluation] Sous réserve de l'article 1802 et aux fins du calcul du revenu d'un contribuable tiré d'une entreprise, tous les biens décrits dans tous les inventaires de l'entreprise peuvent être évalués à leur juste valeur marchande.

La modification de 1989 a enlevé au contribuable la possibilité de choisir d'évaluer à leur coût d'origine les biens figurant dans un inventaire et n'a conservé que les méthodes plus prudentes de la juste valeur marchande ou du moindre du coût et de la valeur marchande. La conséquence pratique de cette modification est que, depuis 1989, le contribuable est tenu de déclarer une perte aux fins de l'impôt pour toute année au cours de laquelle la juste valeur marchande des biens figurant dans un inventaire devient inférieure au coût d'origine. Le contribuable n'a plus la possibilité de reporter sa perte jusqu'à l'année d'imposition au cours de laquelle la perte est effectivement matérialisée par la vente du bien figurant dans l'inventaire. C'est ce qu'exprime clairement le «Résumé de l'étude d'impact de la réglementation», publié en même temps que la modification du Règlement, DORS/89-419:

Cette modification, qui fait partie des mesures annoncées par le ministre des Finances le 15 janvier 1987 sur l'application des pertes et autres déductions, empêchera les corporations de maintenir à leur coût les biens des inventaires dont la valeur a diminué, et ainsi de différer une perte en reportant l'évaluation des biens à leur juste valeur marchande jusqu'à ce qu'il y ait un changement de contrôle.

Le communiqué du 15 janvier 1987 du ministère des Finances, qui accompagnait le dépôt de diverses modifications, dont celle-ci, apportées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* appuie largement la prétention de l'appelant que cette modification faisait partie d'un effort concerté du ministère des

loss companies, that is, the acquisition by a profitable company of a 'pregnant loss' company". Thus the Department had a valid policy reason to change the exception to the realization principle recognized by accounting conservatism from an optional to a mandatory requirement.

(5) Policy Considerations

64 Finally, I wish to address some of the policy concerns raised by counsel for the respondent.

65 The respondent has raised the concern that if s. 10(1) inventory valuation applies to adventures in the nature of trade then the realization principle will only apply to capital property. The respondent also argued that the inventory valuation scheme in s. 10(1) undermines the matching principle and gives rise to asymmetry since it allows for business losses when inventory declines in value but does not create taxable income where there has been an unrealized gain created by a rise in fair market value. All of these are valid criticisms of the inventory valuation scheme in s. 10(1) but they cannot serve to thwart the intention of Parliament as expressed in the plain wording of the statute. Furthermore these criticisms are relevant to s. 10(1) as a whole and have no particular application to adventures in the nature of trade. I cannot accept that applying s. 10(1) to adventures in the nature of trade in accordance with the wording of that provision will cause significant harm especially when the respondent admits that the same section should be applied to all the inventory of all businesses with significant quantities of inventory.

66 Of greater concern is the interpretation proposed by the respondent which would create a whole new

Finances [TRADUCTION] «pour empêcher le trafic de sociétés déficitaires, c'est-à-dire l'acquisition par une société rentable d'une compagnie ayant des «pertes en gestation»». Le Ministère avait ainsi une raison de principe valable pour transformer en condition obligatoire l'exception au principe de réalisation reconnue par le principe de prudence comptable, qui était auparavant une condition facultative.

(5) Considérations de politique générale

Enfin, je tiens à examiner certaines des questions de politique générale soulevées par l'avocat de l'intimée.

L'intimée a fait valoir que si l'évaluation des biens figurant dans un inventaire, prévue au par. 10(1), s'applique aux projets comportant un risque de caractère commercial, le principe de réalisation ne s'appliquera plus alors qu'aux seuls biens en immobilisation. L'intimée a également soutenu que le régime d'évaluation des biens figurant dans un inventaire, prévu au par. 10(1), mine le principe de rattachement et engendre une asymétrie, puisqu'il permet de déclarer des pertes d'entreprise en cas de baisse de valeur des biens figurant dans l'inventaire, sans toutefois créer un revenu imposable en cas de gain non réalisé dû à une hausse de la juste valeur marchande. Ces critiques du régime d'évaluation des biens figurant dans un inventaire, prévu au par. 10(1), sont toutes valables, mais elles ne peuvent servir à contrecarrer l'intention du législateur exprimée dans le texte clair de la Loi. En outre, ces critiques sont pertinentes relativement à l'ensemble du par. 10(1) et ne s'appliquent pas de façon particulière aux projets comportant un risque de caractère commercial. Je ne puis accepter que le fait d'appliquer le par. 10(1) à des projets comportant un risque de caractère commercial, conformément au libellé de cette disposition, causera un préjudice important, tout particulièrement lorsque l'intimée admet que la même disposition devrait s'appliquer à tous les biens figurant dans l'inventaire de toutes les entreprises qui comptent un inventaire important.

L'interprétation que propose l'intimée est source d'une plus grande inquiétude encore puisqu'elle

category of property unrecognized in the Act. This new class of property would attract the higher tax rate applicable to business income upon disposition but in years prior to disposition would be subject to the strictures which the realization, matching and symmetry principles impose upon the disposition of capital property. The *Income Tax Act* has established a system with two distinct categories of property — inventory, which creates business income or loss, and capital property, which creates capital gain or loss. There are separate rules for each of these two categories of property and the taxpayer should be entitled to take the benefit as well as bear the burden applicable to the category into which the property falls. As Reed J. stated in *Cull*, *supra*, at pp. 5325-26:

Had the partnership realized a profit from the venture, there can be no question that, on the basis of the *Fraser* line of cases, it would have been business income, and not a capital gain. Thus, the taxpayer should be allowed to treat the losses according to the same principle.

It is true that an annual appraisal of the property which constitutes inventory is required in order for the taxpayer to comply with the requirements of s. 10(1). This, however, is simply a cost of doing business which must be borne by the taxpayer and it is no more burdensome than the same requirement which is imposed upon companies with far larger inventories to value that inventory each year. It should be remembered that the categorization of inventory (and hence s. 10(1)) will only apply to those who meet the judicially established test for an adventure in the nature of trade, namely that the taxpayer has a trading or business intention with respect to the property. This categorization will not apply to taxpayers who own personal-use property or who hold property for the purpose

créerait une toute nouvelle catégorie de biens non reconnue dans la Loi. Non seulement cette nouvelle catégorie de biens serait-elle assujettie au taux d'imposition plus élevé qui s'applique au revenu d'entreprise lors de l'aliénation des biens, mais encore, pendant les années antérieures à l'aliénation, elle serait soumise aux restrictions que les principes de réalisation, de rattachement et de symétrie imposent à l'égard de l'aliénation de biens en immobilisation. La *Loi de l'impôt sur le revenu* a établi un régime reconnaissant deux catégories distinctes de biens — les biens figurant dans un inventaire, qui génèrent un revenu ou une perte d'entreprise, et les biens en immobilisation, qui génèrent un gain ou une perte en capital. Des règles distinctes s'appliquent à chacune de ces deux catégories de biens et le contribuable devrait avoir le droit tout autant de profiter des avantages liés à la catégorie à laquelle son bien appartient, que d'assumer le fardeau qui s'y rattache. Comme l'affirme le juge Reed dans la décision *Cull*, précitée, aux pp. 5325 et 5326:

Il ne fait pas de doute que si la société avait tiré un profit de l'entreprise, ce profit aurait été considéré comme un revenu commercial et non comme un gain en capital, en application de la jurisprudence qui a suivi l'arrêt *Fraser*. Il faut donc permettre au contribuable d'appliquer le même principe aux pertes qu'il a subies.

Il est vrai que le contribuable doit procéder à une évaluation annuelle du bien figurant dans l'inventaire pour satisfaire aux exigences du par. 10(1). Toutefois, ce n'est là que le prix que le contribuable doit normalement payer pour faire des affaires, et il n'est pas plus lourd que l'obligation que les sociétés qui comptent un inventaire beaucoup plus important ont d'évaluer cet inventaire chaque année. Il faut se rappeler que la qualification de biens figurant dans un inventaire (et, partant, le par. 10(1)) ne s'appliquera qu'aux contribuables qui satisfont au critère établi par les tribunaux pour déterminer s'il s'agit d'un projet comportant un risque de caractère commercial, à savoir que le contribuable a une intention commerciale à l'égard du bien. Cette qualification ne s'appliquera pas aux contribuables qui possèdent des biens pour leur usage personnel ou qui possèdent

of long-term investment since this is categorized as capital property.

68

The fear that allowing adventures in the nature of trade to take advantage of the inventory valuation in s. 10(1) will lead to tax avoidance is unfounded. It is the rare taxpayer who will be faced with the situation of this appellant. In order to meet the test for an adventure in the nature of trade the taxpayer must have an intention to enter into a “scheme of profit-making”. It is only where that scheme goes awry contrary to the intentions of the taxpayer that the taxpayer will be entitled to take advantage of the inventory valuation scheme in s. 10(1) in order to recognize a business loss. Schemes entered into with the intention of creating a business loss would not qualify as adventures in the nature of trade and would be tantamount to a sham. Further, any loss claimed by a taxpayer when the fair market value falls below cost is subject to recapture by the Minister in the year of disposition if the fair market value rises again. For greater clarity, in the year of disposition the taxpayer is subject to taxation on the difference between the proceeds of sale and the lowest value ascribed to the inventory in the years prior to sale.

69

It is true that the application of the formula $\text{Gross Profit} = \text{Proceeds of Sale} - \text{Cost of Sale} [(\text{Value of Inventory at beginning of year} + \text{Cost of Inventory acquisitions}) - \text{Value of Inventory at end of year}]$ could lead to a negative cost of sale if the taxpayer chose to value inventory at fair market value as permitted by the current Regulation 1801. This problem can be obviated if the taxpayer chooses to value according to the lower of cost or fair market value method set out in s. 10(1). This method only recognizes unrealized losses and never recognizes unrealized gains. It is only unrealized gains which could give rise to a negative cost of sale. A negative cost of sale is not, however, a problem confined to single items of

un bien à titre de placement à long terme, car le bien est alors qualifié d'immobilisation.

La crainte qu'un évitement fiscal ne résulte du fait de permettre que l'évaluation des biens figurant dans un inventaire, prévue au par. 10(1), s'applique à des projets comportant un risque de caractère commercial, est sans fondement. Il arrive rarement que des contribuables se trouvent dans la situation de l'appelant. Pour satisfaire au critère du projet comportant un risque de caractère commercial, le contribuable doit avoir l'intention de mettre à exécution un «plan visant la réalisation d'un bénéfice». Ce n'est que si ce plan tourne mal contrairement aux intentions du contribuable que ce dernier aura le droit de profiter du régime d'évaluation des biens figurant dans un inventaire, prévu au par. 10(1), pour déclarer une perte d'entreprise. Les plans mis à exécution dans l'intention de créer une perte d'entreprise ne seraient pas reconnus comme des projets comportant un risque de caractère commercial et constitueraient des opérations simulées. De plus, toute perte qu'un contribuable réclame lorsque la juste valeur marchande devient inférieure au prix coûtant peut être récupérée par le Ministre durant l'année de l'aliénation, si la juste valeur marchande augmente de nouveau. Pour plus de clarté, durant l'année de l'aliénation, le contribuable est assujéti à l'impôt relativement à la différence entre le produit de la vente et la valeur la plus faible attribuée au bien figurant dans l'inventaire pendant les années antérieures à sa vente.

Il est vrai que l'application de la formule bénéfice brut = produit des ventes — coût des ventes [(valeur des biens figurant dans l'inventaire au début de l'année + coût des acquisitions) — valeur des biens figurant dans l'inventaire à la fin de l'année] pourrait donner lieu à un coût des ventes négatif si le contribuable décidait d'évaluer les biens figurant dans l'inventaire à leur juste valeur marchande comme le permet l'art. 1801 actuel du Règlement. Ce problème peut être évité si le contribuable choisit de procéder à l'évaluation au moindre du coût et de la juste valeur marchande prévue au par. 10(1). Cette méthode ne reconnaît que les pertes non réalisées, mais jamais les gains non réalisés. Seuls des gains non réalisés pour-

inventory used in an adventure in the nature of trade where the fair market value method is chosen. Trading companies with larger inventories would face the same problem on a larger scale in any year where the increase in the market value of inventory on hand exceeds the value of new inventory purchased in a year.

Further, the fact that proceeds of sale may be zero in a given year does not cast any doubt on the applicability of the formula. In any year in which there is a loss under this formula, the proceeds of sale will be less than the cost of sale and the fact that proceeds of sale are zero simply reflects this general truth on a smaller scale. A taxpayer is statutorily entitled by s. 9(2) to calculate loss using the same formula as would apply for the calculation of profit. Moreover, it is conceivable that a company with a large inventory could generate no sales in a year. It would be far more anomalous if the ability of such a company to recognize declines in the value of its inventory in a year were dependent on the existence of a single sale.

III. Conclusions

In summary I arrive at the following conclusions:

1. The appellant's venture is a business pursuant to the definition in s. 248(1) of the Act since it meets the test for an adventure in the nature of trade.
2. The Styles Property is inventory pursuant to the definition in s. 248(1) because its cost or value is relevant to the computation of business

raient donner lieu à un coût des ventes négatif. La possibilité d'un coût des ventes négatif n'est toutefois pas un problème qui se limite au cas du bien unique figurant dans un inventaire qui est utilisé dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial lorsqu'on choisit la méthode de la juste valeur marchande. Les sociétés commerciales qui comptent un inventaire plus important seraient confrontées au même problème sur une plus grande échelle au cours de toute année où l'augmentation de la juste valeur marchande des biens figurant déjà dans leur inventaire excéderait la valeur des nouveaux biens figurant dans l'inventaire qui ont été acquis durant l'année.

En outre, le fait que le produit des ventes puisse être nul au cours d'une année donnée ne met aucunement en doute l'applicabilité de la formule. Pour toute année au cours de laquelle il y aura perte selon cette formule, le produit des ventes sera moindre que le coût des ventes et le fait que le produit des ventes soit nul traduit simplement cette vérité générale sur une plus petite échelle. Le paragraphe 9(2) habilite le contribuable à calculer une perte au moyen de la même formule qui servirait au calcul d'un bénéfice. De plus, il est concevable qu'une société qui compte un inventaire important ne puisse réaliser aucune vente durant une année. Il serait beaucoup plus anormal que la capacité d'une telle société de reconnaître des baisses de valeur des biens figurant dans son inventaire, au cours d'une année, dépende de l'existence d'une seule vente.

III. Conclusions

En résumé, j'arrive aux conclusions suivantes:

1. Le projet de l'appelant est une entreprise au sens de la définition donnée au par. 248(1) de la Loi puisqu'il satisfait au critère applicable aux projets comportant un risque de caractère commercial.
2. Le domaine Styles est un bien figurant dans un inventaire au sens de la définition donnée au par. 248(1) parce que son coût ou sa valeur

income in a taxation year, namely the year of disposition.

3. The use of the valuation system established in s. 10(1) and Regulation 1801 is governed by the application of well-recognized commercial and accounting principles. These principles establish that the value of inventory is relevant to the calculation of business income because it contributes to the cost of sale.
4. The valuation system established in s. 10(1) and Regulation 1801 is a specific legislated exception to the principles of matching, realization and symmetry and reflects well-recognized commercial and accounting principles which aim to achieve a conservative picture of business income.
5. Neither the common law restriction to stock-in-traders nor other policy considerations can serve to override the explicit wording of s. 10(1) which makes the valuation system therein applicable to all inventory used in the computation of business income.
6. The plain reading of s. 10(1) would allow single items of inventory held as part of an adventure in the nature of trade to utilize the inventory valuation method contained therein. This conclusion is consistent with the basic dichotomy in the Act between income and capital and the different schemes for taxing each of these.
7. For all of the above reasons, the appellant was entitled to make use of the inventory valuation method in s. 10(1) in order to recognize a business loss on the Styles Property in the taxation years in question, namely 1983 and 1984.

IV. Disposition

I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below and would direct that the

entre dans le calcul du revenu d'entreprise pour une année d'imposition, à savoir l'année de l'aliénation.

3. Le recours au système d'évaluation établi au par. 10(1) de la Loi et à l'art. 1801 du Règlement est régi par l'application de principes commerciaux et comptables reconnus. Ces principes établissent que la valeur des biens figurant dans un inventaire entre dans le calcul du revenu d'entreprise parce qu'elle contribue au coût des ventes.
4. Le système d'évaluation établi au par. 10(1) de la Loi et à l'art. 1801 du Règlement est une exception particulière, d'origine législative, aux principes de rattachement, de réalisation et de symétrie, et il reflète des principes commerciaux et comptables reconnus qui visent à donner une image prudente du revenu d'entreprise.
5. Ni la restriction aux seuls marchands d'articles de commerce, reconnue en common law, ni d'autres considérations de politique générale ne peuvent servir à annuler le libellé explicite du par. 10(1) qui rend le système d'évaluation qui y est prévu applicable à tous les biens figurant dans un inventaire qui servent au calcul du revenu d'entreprise.
6. Selon son sens ordinaire, le par. 10(1) permettrait qu'on emploie à l'égard d'un bien unique figurant dans un inventaire, qui est détenu dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial, la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire qui y est prévue. Cette conclusion est compatible avec la dichotomie fondamentale que la Loi établit entre le revenu et le capital, et avec leurs régimes d'imposition respectifs.
7. Pour tous ces motifs, l'appelant avait le droit de recourir à la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire, prévue au par. 10(1), pour déclarer une perte d'entreprise à l'égard du domaine Styles durant les années d'imposition pertinentes, à savoir 1983 et 1984.

IV. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et d'ordonner que les

Minister's assessment for the taxation years 1983 and 1984 be set aside and that the appellant's tax liability for the years in question be redetermined in a manner consistent with these reasons.

The reasons of Gonthier and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — This appeal involves a technical question of income taxation the disposition of which will have an important impact on the collection of tax revenues in Canada. It also has implications for many businesses because this Court is being asked to clarify how general commercial principles affect the determination of profit under income tax legislation.

The specific issue in this appeal is whether the vacant land purchased by the appellant, who is not engaged in an ordinary trading business but, instead, in an adventure in the nature of trade, is "inventory" in a "business" pursuant to s. 10(1) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, and, hence, the land's decline in value is deductible from profit as a business expense. The determination of this issue must, however, be made with an eye to the legal nature of "profit": in other words, whether it is consonant with income taxation principles and jurisprudence to permit a taxpayer to claim the fair market depreciation in the value of a piece of property as a business loss in taxation years in which the property was neither disposed of nor generated any income.

I conclude that the appellant fails to qualify for the valuation scheme established by s. 10(1) and, therefore, cannot deduct the claimed expenses in the 1983 and 1984 taxation years.

cotisations établies par le Ministre pour les années d'imposition 1983 et 1984 soient annulées, et que l'assujettissement à l'impôt de l'appelant pour les années en question soit réexaminé d'une manière conforme aux présents motifs.

Version française des motifs des juges Gonthier et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — Le présent pourvoi porte sur une question technique d'impôt sur le revenu, dont la résolution aura une incidence importante sur la perception des recettes fiscales au Canada. Il aura aussi une incidence sur de nombreuses entreprises du fait qu'on demande à notre Cour de préciser l'incidence des principes commerciaux ordinaires sur la détermination des profits en vertu de la législation en matière d'impôt sur le revenu.

En l'espèce, il s'agit plus précisément de savoir si le terrain vacant acheté par l'appelant, qui n'exploite pas une entreprise commerciale ordinaire, mais qui s'est plutôt engagé dans un projet comportant un risque de caractère commercial, figure ou non dans l'«inventaire» d'une «entreprise» conformément au par. 10(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, et si, par conséquent, la diminution de la valeur du terrain est déductible du bénéfice à titre de dépense d'entreprise. Pour trancher cette question, il faut toutefois garder à l'esprit la nature juridique du «bénéfice»; autrement dit, il faut se demander s'il est conforme aux principes et à la jurisprudence en matière d'impôt sur le revenu de permettre à un contribuable de déduire la dépréciation de la juste valeur marchande d'un bien à titre de perte d'entreprise pour des années d'imposition au cours desquelles le terrain n'a ni été aliéné ni généré un revenu.

Je conclus que l'appelant ne satisfait pas aux conditions requises pour se prévaloir du régime d'évaluation établi par le par. 10(1), et que, par conséquent, il ne peut déduire les dépenses inscrites pour les années d'imposition 1983 et 1984.

73

74

75

I. Background

76

In January 1982, the appellant and several others bought a parcel of land (the "Styles Property") in the city of Calgary. The land was registered in the name of Trinity Western College. The College held the property as nominee for the group of investors. The property was acquired for the purpose of reselling it at a profit. Part of the anticipated profit was to be paid to the College and to other organizations as charitable donations and the balance of the profit was to be divided on a *pro rata* basis among the members of the investor group.

77

In the years immediately following its acquisition, the property substantially decreased in value and the mortgage thereon was eventually foreclosed in 1986. The appellant, relying on ss. 248(1), 10(1), 9 and Regulation 1801 (as it then read) of the *Income Tax Act*, sought to deduct the decline in the fair market value of the land as a business loss in his 1983 and 1984 tax returns. The amounts claimed as business losses specifically relating to the Styles Property were \$252,954 in 1983 and \$25,800 in 1984. It should be noted that the amount claimed for 1983 was found to be incorrect and it was subsequently agreed by all parties that the correct sum should be \$197,690. The appellant argued that he was entitled to make such fair market deductions because s. 10(1) of the Act permits the use of such a valuation scheme should the initiative to purchase the land be deemed a "business" and should the land be defined as "inventory". I underscore that there was no disposition of the Styles Property in the 1983 or 1984 taxation years; in fact, the land remained completely undeveloped.

78

The Minister of National Revenue disallowed these business losses on the basis that the property was not "inventory in a business" within the meaning of ss. 10(1) and 248(1) of the *Income Tax Act*. The taxpayer appealed and both the Federal Court, Trial Division, [1992] 2 F.C. 552, 92 D.T.C. 6248, [1992] 1 C.T.C. 296, 53 F.T.R. 49, and the Federal

I. Les faits

En janvier 1982, l'appelant a acheté avec plusieurs autres personnes un terrain (le «domaine Styles») dans la ville de Calgary. Le terrain a été enregistré au nom du Trinity Western College, qui le détenait à titre de mandataire du groupe d'investisseurs. Le terrain a été acheté dans le but d'être revendu avec bénéfice. Une partie du bénéfice anticipé devait être versée au collège et à d'autres organismes sous forme de dons de charité; le reste devait être réparti au prorata entre les membres du groupe d'investisseurs.

Pendant les années qui ont suivi immédiatement son acquisition, le terrain a subi une perte de valeur importante, et a été repris par le créancier hypothécaire en 1986. Invoquant les par. 248(1) et 10(1) et l'art. 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ainsi que l'art. 1801 (tel qu'il se lisait alors) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, l'appelant a demandé la déduction de la diminution de la juste valeur marchande du terrain à titre de perte d'entreprise dans ses déclarations de revenus de 1983 et 1984. Les montants réclamés à titre de perte d'entreprise se rapportant directement au domaine Styles étaient de 252 954 \$ en 1983, et de 25 800 \$ en 1984. Il y a lieu de souligner que le montant réclamé pour 1983 a été jugé erroné, et que toutes les parties ont subséquemment convenu que le montant exact devrait s'élever à 197 690 \$. L'appelant a soutenu qu'il avait le droit de faire ces déductions fondées sur la juste valeur marchande parce que le par. 10(1) de la Loi permet de recourir à ce régime d'évaluation dans le cas où l'achat du terrain est réputé être une «entreprise» et où le terrain est défini comme un bien figurant dans un «inventaire». Je souligne qu'il n'y a eu aucune aliénation du domaine Styles au cours des années d'imposition 1983 et 1984; en fait, le terrain est resté complètement vierge.

Le ministre du Revenu national a refusé d'admettre ces pertes d'entreprise pour le motif que le bien ne figurait pas dans «l'inventaire d'une entreprise» au sens des par. 10(1) et 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le contribuable a interjeté appel, et tant la Cour fédérale, Section de première instance, [1992] 2 C.F. 552, 92 D.T.C. 6248,

Court of Appeal, [1993] 3 F.C. 607, 93 D.T.C. 5313, [1993] 2 C.T.C. 113, 156 N.R. 199, upheld the Minister's disallowance of the losses. Leave to appeal was granted by this Court on April 28, 1994, [1994] 1 S.C.R. vii.

II. Relevant Statutory Provisions

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63

9. (1) [Income from business or property] Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

(2) [Loss from business or property] Subject to section 31, a taxpayer's loss for a taxation year from a business or property is the amount of his loss, if any, for the taxation year from that source computed by applying the provisions of this Act respecting computation of income from that source *mutatis mutandis*.

10. (1) [Valuation of inventory property] For the purpose of computing income from a business, the property described in an inventory shall be valued at its cost to the taxpayer or its fair market value, whichever is lower, or in such other manner as may be permitted by regulation.

(2) [Idem] Notwithstanding subsection (1), for the purpose of computing income for a taxation year from a business, the property described in an inventory at the commencement of the year shall be valued at the same amount as the amount at which it was valued at the end of the immediately preceding year for the purpose of computing income for that preceding year.

248. (1) [Definitions] In this Act,

“business” includes a profession, calling, trade, manufacture or undertaking of any kind whatever and, except for the purposes of paragraph 18(2)(c), an

[1992] 1 C.T.C. 296, 53 F.T.R. 49, que la Cour d'appel fédérale, [1993] 3 C.F. 607, 93 D.T.C. 5313, [1993] 2 C.T.C. 113, 156 N.R. 199, ont maintenu le refus du Ministre d'admettre ces pertes. L'autorisation de pourvoi a été accordée par notre Cour le 28 avril 1994, [1994] 1 R.C.S. vii.

II. Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63

9. (1) [Revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien] Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

(2) [Perte provenant d'une entreprise ou d'un bien] Sous réserve des dispositions de l'article 31, la perte subie par un contribuable dans une année d'imposition relativement à une entreprise ou à un bien est le montant de sa perte, si perte il y a, subie dans cette année d'imposition relativement à cette entreprise ou à ce bien, calculée en appliquant *mutatis mutandis* les dispositions de la présente loi afférentes au calcul du revenu tiré de cette entreprise ou de ce bien.

10. (1) [Évaluation des biens figurant dans un inventaire] Aux fins du calcul du revenu tiré d'une entreprise, les biens figurant dans un inventaire sont évalués au coût supporté par le contribuable ou à leur juste valeur marchande, le moins élevé de ces deux éléments étant à retenir, ou de toute autre façon permise par les règlements.

(2) [Idem] Nonobstant le paragraphe (1), aux fins du calcul du revenu tiré d'une entreprise au cours d'une année d'imposition, les biens figurant dans un inventaire au début de l'année sont évalués au même montant que celui auquel ils ont été évalués à la fin de l'année précédente aux fins du calcul du revenu de cette année précédente.

248. (1) [Définitions] Dans la présente loi,

«entreprise» ou «affaire» comprend une profession, un métier, un commerce, une manufacture ou une activité de quelque genre que ce soit et, sauf aux fins de

adventure or concern in the nature of trade but does not include an office or employment;

l'alinéa 18(2)c), comprend un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial mais ne comprend pas une charge ni un emploi;

“inventory” means a description of property the cost or value of which is relevant in computing a taxpayer’s income from a business for a taxation year;

«inventaire» signifie la description des biens dont le prix ou la valeur entre dans le calcul du revenu qu’un contribuable tire d’une entreprise pour une année d’imposition;

Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945

Règlement de l’impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945

1801. [Valuation] Except as provided in section 1802, for the purpose of computing the income of a taxpayer from a business

1801. [Évaluation] Sauf dispositions de l’article 1802, aux fins de calculer le revenu qu’un contribuable tire d’une entreprise

(a) all the property described in all the inventories of the business may be valued at the cost to him; or

a) tous les biens décrits dans tous les inventaires de l’entreprise peuvent être évalués à ce que lesdits biens lui coûtent; ou

(b) all the property described in all the inventories of the business may be valued at the fair market value.

b) tous les biens décrits dans tous les inventaires de l’entreprise peuvent être évalués à leur juste valeur marchande.

III. Judgments Below

III. Juridictions inférieures

Federal Court, Trial Division, [1992] 2 F.C. 552

Cour fédérale, Section de première instance, [1992] 2 C.F. 552

79

Rouleau J. dismissed the appellant’s appeal from the Minister’s reassessment. He first reviewed the case law which considered the definition of “business” and “adventure or concern in the nature of trade”. In *Bailey v. M.N.R.*, 90 D.T.C. 1321, the Tax Court of Canada concluded that, for the purpose of s. 10(1), “business” included “an adventure or concern in the nature of trade”. As well, it was held that an isolated transaction may fall within the meaning of the word “business” in s. 10(1). In *Bailey* it was also held that land acquired for resale in an adventure in the nature of trade could be classified as inventory for the purposes of s. 10(1) and the land was eligible for an inventory “write down”. This reasoning was also followed in *Van Dongen v. The Queen*, 90 D.T.C. 6633 (F.C.T.D.), and *Weatherhead v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2579 (T.C.C.).

Le juge Rouleau a rejeté l’appel interjeté par l’appelant contre la nouvelle cotisation fixée par le Ministre. Il a d’abord examiné la jurisprudence portant sur la définition du terme «entreprise» et de l’expression «projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial». Dans la décision *Bailey c. M.R.N.*, 90 D.T.C. 1321, la Cour canadienne de l’impôt a conclu que, par les fins du par. 10(1), le mot «entreprise» comprend un «projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial». Elle a aussi statué qu’une opération isolée peut être une «entreprise» au sens du par. 10(1). De même, la cour, dans *Bailey*, a jugé que le terrain acquis pour être revendu dans le cadre d’un projet comportant un risque de caractère commercial pouvait être considéré comme un bien figurant dans un inventaire aux fins du par. 10(1), et qu’il pouvait faire l’objet d’une «réduction de valeur». Le même raisonnement a été suivi dans les décisions *Van Dongen c. La Reine*, 90 D.T.C. 6633 (C.F. 1^{re} inst.), et *Weatherhead c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 2579 (C.C.I.).

Rouleau J. noted that both parties conceded that the property in issue was an adventure in the nature of trade. However, he held that s. 10(1) should not be interpreted in the manner suggested by the appellant. He emphasized that the *Income Tax Act* must be read as a whole. Thus, one must also consider other relevant provisions such as s. 9 (meaning of income and loss) and s. 248(1) (definition of inventory and business). Rouleau J. observed that a taxpayer's profit must be determined in accordance with ordinary commercial and accounting principles and practices. It was held that these ordinary commercial principles and practices dictated that in any business the revenues should be matched against the expenses before any loss or profit is recognized. Generally, in the case of a trading business the profit (loss) equals the proceeds of sales less the cost of sales. The cost of sales is calculated by adding the value of the inventory at the beginning of the year to the cost of acquisitions during the year and subtracting the value of inventory at the end of the year. Rouleau J. then stated (at p. 558):

Adopting this formula, a trading business can determine its cost of sales by calculating the change in the value of its inventory from the beginning to the end of a given period. The valuation of inventory can therefore affect the business' gross profit. It is only to this extent that the inventory value becomes relevant. It is not by itself deductible from the taxpayer's income.

Rouleau J. then referred to the decision in *Minister of National Revenue v. Shofar Investment Corp.*, [1980] 1 S.C.R. 350, for approval of this approach. It was emphasized that the computation of profit must be different for a business with relatively few transactions from that of a business engaged in continuous trading (at p. 559):

For example, when there is but one item in inventory, profit or loss cannot be ascertained until the disposition

Le juge Rouleau a fait remarquer que les deux parties avaient convenu que le bien en litige avait été acquis dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial. Toutefois, il a jugé que le par. 10(1) ne devait pas être interprété de la façon proposée par l'appelant. Il a insisté sur le fait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* doit être interprétée dans son ensemble. Par conséquent, il faut aussi prendre en considération d'autres dispositions pertinentes, telles que l'art. 9 (sens des mots «revenu» et «perte») et le par. 248(1) (définition des mots «inventaire» et «entreprise»). Le juge Rouleau a fait remarquer que le calcul du bénéfice d'un contribuable doit se faire conformément aux pratiques et aux principes comptables et commerciaux ordinaires. Il a statué que ces pratiques et principes commerciaux ordinaires prescrivent que l'on rattache les recettes et les dépenses d'une entreprise pour voir s'il y a une perte ou un bénéfice. Généralement, dans le cas d'une entreprise commerciale, le bénéfice (perte) est égal au produit des ventes, moins le coût des ventes. On calcule le coût des ventes en additionnant la valeur des biens figurant dans l'inventaire au début de l'année et le coût des acquisitions pendant l'année, et en soustrayant la valeur des biens figurant dans l'inventaire à la fin de l'année. Le juge Rouleau affirme alors, à la p. 558:

Cette formule permet à une entreprise commerciale d'établir le coût des ventes en calculant le changement dans la valeur de ses stocks du début à la fin d'une période donnée. L'évaluation des stocks peut donc influencer sur le bénéfice brut de l'entreprise. C'est seulement dans cette mesure que la valeur des stocks devient pertinente. Elle n'est pas en soi déductible du revenu du contribuable.

Le juge Rouleau a ensuite dit que ce point de vue était appuyé par l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Shofar Investment Corp.*, [1980] 1 R.C.S. 350. Il a souligné que le calcul du bénéfice d'une entreprise qui fait relativement peu d'opérations doit être différent du calcul du bénéfice d'une entreprise commerciale dont l'exploitation est continue (à la p. 559):

Ainsi, lorsqu'il n'y a qu'un bien en stock, c'est uniquement au moment où le bien est cédé qu'on peut cal-

of that particular item since before disposition, there would be no revenues upon which to set off costs.

82

Rouleau J. held that in a business of few transactions the value of the inventory is not relevant in computing income until disposition. Thus, in a year when the property is not sold, it would not be included in the computation of income for tax purposes and s. 10(1) would not apply. In the case at bar, the trial judge expressed the opinion that applying s. 10(1) to an adventure in the nature of trade would lead to an absurdity since the Act does not tax unrealized profits and, accordingly, should not recognize unrealized losses. If the property had increased in value during the time it was held, there would be no taxation of the increased value until the moment of disposition. When considering s. 9(1), Rouleau J. stated that it becomes apparent that an inventory "write down" of the property would not reflect the truest picture of the appellant's income position.

Federal Court of Appeal, [1993] 3 F.C. 607

(i) *per* Létourneau J.A. (majority)

83

The first issue discussed by Létourneau J.A. (writing for himself and Linden J.A.) was whether s. 10(1) of the *Income Tax Act* applied to property held in an adventure in the nature of trade (at pp. 614-15):

It is true that the inventory rule makes more sense in the context of an ordinary trading business where goods are regularly bought and sold, making it difficult to keep track of the actual cost and sale price of each piece of property. The rule becomes then the only sound basis for computing the profits from the sales made in the year. Like Martland J. in *Minister of National Revenue v. Irwin*, [1964] S.C.R. 662, at pp. 664-665, I doubt that there is a need for the rule to apply in a case like the present one when there is only one item and its actual costs and eventual sale price can easily be established. But I cannot conclude that its application to an adventure in the nature of trade necessarily leads to an absurd-

culer le bénéfice ou la perte puisqu'avant la disposition, il n'y a pas de recettes desquelles on peut déduire les coûts.

Le juge Rouleau a conclu que dans une entreprise qui fait peu d'opérations, la valeur de l'inventaire n'entre dans le calcul du revenu qu'au moment de l'aliénation. Ainsi, au cours d'une année où il n'y a pas d'aliénation, le bien n'entretrait pas dans le calcul du revenu aux fins de l'impôt et, partant, le par. 10(1) ne s'appliquerait pas. En l'espèce, le juge de première instance a exprimé l'avis qu'il serait absurde d'appliquer le par. 10(1) à un projet comportant un risque de caractère commercial, puisque la Loi n'assujettit pas à l'impôt des bénéfices non réalisés et que, par conséquent, elle ne devrait pas reconnaître des pertes non réalisées. Si la valeur du bien avait augmenté pendant la période où il était détenu, la valeur majorée ne serait assujettie à l'impôt qu'au moment de l'aliénation. Le juge Rouleau a affirmé qu'une «réduction de valeur» du bien ne refléterait pas la situation véritable de l'appelant au chapitre du revenu.

Cour d'appel fédérale, [1993] 3 C.F. 607

(i) le juge Létourneau (au nom de la cour à la majorité)

La première question que le juge Létourneau a analysée dans ses motifs (auxquels le juge Linden a souscrit) était de savoir si le par. 10(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appliquait à un bien détenu dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial (aux pp. 614 et 615):

Il est vrai que la règle ayant trait à l'inventaire s'explique mieux dans le contexte d'une entreprise commerciale ordinaire se livrant régulièrement à l'achat et à la vente de biens, ce qui rend plus difficile le calcul du coût réel et du prix de vente de chaque bien. La règle se révèle alors la seule méthode valable de calcul des profits tirés des ventes faites au cours de l'année. Tout comme le juge Martland dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Irwin*, [1964] R.C.S. 662, aux pp. 664 et 665, je doute que l'on ait besoin d'appliquer la règle en question à une affaire comme la présente dans laquelle il n'existe qu'un bien unique, dont le coût réel et le prix de vente éventuel peuvent être facilement établis. Mais je

ity. The fact that there are fewer transactions when it is a mere adventure in the nature of trade than there would be if it were an ordinary trading business does not render section 10 nugatory with respect to adventures in the nature of trade.

Thus, a property held for resale as an adventure in the nature of trade can be inventory under s. 10(1) and is eventually eligible for inventory write-down. The only question is when this eligibility arises.

The issue, then, is whether the appellant could apply s. 10(1) to the taxation years 1983 and 1984. It was noted that s. 10(1) is not a specific provision overriding s. 9 which establishes the basic rules for determining business income. Thus, s. 10 becomes relevant only when it comes to computing business income; under s. 9 such computation must relate to the actual taxation year. As well, the definition of "inventory" in s. 248(1) is also linked to a taxpayer's income from a business for a taxation year. Létourneau J.A. held (at pp. 617-18):

As it appears from this decision of our Court [*Canada v. Dresden Farm Equipment Ltd.*, [1989] 1 C.T.C. 99], a property is inventory in a taxation year because its cost or value is relevant in the computation of the business income in that year. This is so in the year in which the property is sold. A property can be designated as inventory in a taxation year in which it is not sold if that property is included in the computation of the income produced by that business in that year. However, there has to be a computation of income, i.e., profit or loss, from the business.

In cases where the business itself consists in the buying and reselling of a parcel of land as in the present case, there are no business receipts or proceeds, and therefore no possible determination of a business profit or loss within the terms of subsection 9(1), unless and until the land bought is disposed of. The valuation of inventory property according to subsection 10(1) then becomes relevant in assessing the profit, i.e., the busi-

ne puis conclure que l'application de la règle à un risque de caractère commercial mènerait nécessairement à une absurdité. Le fait que le risque de caractère commercial donne lieu à un moins grand nombre d'opérations que ne le fait une entreprise commerciale ordinaire ne rend pas l'article 10 inopérant à l'égard du premier.

Ainsi, un bien détenu en vue d'être revendu dans le contexte d'un projet comportant un risque de caractère commercial peut figurer dans un inventaire au sens du par. 10(1) et peut éventuellement faire l'objet d'une réduction de valeur. La seule question qui se pose est de savoir quand cette réduction de valeur est permise.

Il s'agit donc de déterminer si l'appelant pouvait appliquer le par. 10(1) aux années d'imposition 1983 et 1984. On a souligné que le par. 10(1) n'est pas une disposition particulière qui l'emporte sur l'art. 9, qui établit les règles générales applicables à la détermination du revenu d'entreprise. Par conséquent, l'art. 10 n'est pertinent qu'à l'égard du calcul du revenu d'entreprise; en vertu de l'art. 9, ce calcul doit se rapporter à l'année d'imposition véritable. De même, la définition d'«inventaire», au par. 248(1), est aussi rattachée au revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise pour une année d'imposition. Le juge Létourneau conclut, aux pp. 617 et 618:

Comme il appert de cette décision de notre Cour [*Canada c. Dresden Farm Equipment Ltd.*, [1989] 1 C.T.C. 99] un bien constitue un élément d'inventaire au cours d'une année d'imposition parce que son coût ou sa valeur sont pertinents au calcul du revenu d'entreprise pendant cette année-là. Il en est ainsi dans l'année au cours de laquelle le bien est vendu. Un bien peut être qualifié d'élément d'inventaire au cours d'une année d'imposition pendant laquelle il n'est pas vendu s'il entre dans le calcul du revenu tiré de cette entreprise dans l'année en question. Il doit toutefois y avoir calcul du revenu, c'est-à-dire des bénéfices ou des pertes, provenant de l'entreprise.

Dans les affaires où l'entreprise elle-même consiste à acheter et à revendre un terrain comme c'est le cas en l'espèce, il n'y a pas de recettes ou produits, et donc aucune détermination possible de bénéfices ou pertes d'entreprise au sens du paragraphe 9(1), tant et aussi longtemps que le terrain acheté n'a pas été vendu. L'évaluation d'un bien figurant dans un inventaire selon le paragraphe 10(1) devient alors pertinente au calcul

ness income, for that year because it determines the cost of sale. When there is more than one sale and more than one property held in inventory, the cost of sales is "computed by adding the value placed on inventory at the beginning of the year to the cost of acquisitions to inventory during the year, less the value of inventory at the end of the year". As can be seen from these provisions, the value of inventory is relevant in determining the profit of a business, and the cost of an inventory item, as the Supreme Court of Canada ruled, "can affect the ascertainment of the gross profit of the business, but it is not, in itself, deductible from the taxpayer's income". [Emphasis in original.]

85 Létourneau J.A. concluded that, in the case at bar, the losses could not be claimed in 1983 and 1984 since there was no disposition of the property. As has been noted by the trial judge, this was consistent with the matching principle which requires the determination of income revenues to be paired with the expenditures made to earn them. Simply put, there was no business income in 1983 or 1984 to be matched with the losses claimed.

(ii) Marceau J.A. (concurring in the result)

86 Marceau J.A. shared his colleague's view that the appeal should be dismissed but expressed reasons similar to those of the trial judge that the wording of s. 10(1) does not apply to the case at bar. Otherwise, an application of the disposition would lead to an absurdity, this being a finding not arrived at by Létourneau J.A.

87 As to the wording of the provisions, Marceau J.A. stated that there is no calculation of income when no transaction that could lead to a receipt or expense is performed throughout the year. As well, the definition of "inventory" in s. 248 as applied in s. 10 makes no sense when the whole business is itself composed of the one property alleged to be inventory.

88 The absurdity would result from the fact that the Act does not require a taxpayer who has claimed a loss for a decrease in the market value of a property acquired as an adventure in the nature of trade to pay tax in subsequent years where there are

des bénéfiques, c'est-à-dire du revenu d'entreprise, pour cette année parce qu'elle détermine le coût de la vente. Lorsqu'il y a plus d'une vente et plus d'un bien figurant à l'inventaire, le coût des ventes est «calculé en ajoutant la valeur attribuée aux stocks au début de l'année au coût des acquisitions durant l'année, moins la valeur de l'inventaire à la fin de l'année». Comme le montrent ces dispositions, la valeur de l'inventaire importe au calcul des bénéfices tirés d'une entreprise, et le coût d'un élément d'inventaire, comme l'a statué la Cour suprême, «peut [...] modifier le calcul du profit brut de l'entreprise, mais il n'est pas, en soi, déductible du revenu du contribuable». [Souligné dans l'original.]

Le juge Létourneau a conclu qu'en l'espèce les pertes ne pouvaient être déclarées ni en 1983 ni en 1984, étant donné qu'il n'y avait eu aucune aliénation du bien. Comme l'avait fait remarquer le juge de première instance, cela était conforme au principe de rattachement qui exige que, dans le calcul du revenu, il y ait rattachement du revenu et des dépenses faites pour le gagner. Tout simplement, il n'y avait, en 1983 et 1984, aucun revenu d'entreprise auquel rattacher les pertes déclarées.

(ii) le juge Marceau (souscrivant au résultat)

Le juge Marceau était d'accord avec son collègue pour rejeter l'appel, mais il a formulé des motifs analogues à ceux du juge de première instance, pour qui le par. 10(1) ne s'applique pas en l'espèce étant donné que son application entraînerait une absurdité, conclusion à laquelle le juge Létourneau n'était pas arrivé.

En ce qui concerne le libellé des dispositions, le juge Marceau a affirmé qu'il n'y a aucun calcul du revenu quand aucune opération pouvant produire une recette ou occasionner une dépense n'a lieu pendant l'année. De même, la définition que l'art. 248 donne du mot «inventaire», qui est appliquée à l'art. 10, n'a aucun sens lorsque la totalité de l'entreprise consiste dans le seul bien qui, allègue-t-on, figure dans l'inventaire.

L'absurdité découlerait du fait que la Loi n'exige pas que le contribuable, qui a déclaré une perte en raison de la diminution de la valeur marchande d'un bien acquis dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial,

increases in the market value beyond original cost. Such increases are only taxable when the property is disposed of. Section 9 could hardly be construed as requiring the taxpayer to report income on his "continuing adventure" by apprising the property in each subsequent year. This would create obvious practical problems.

It was also held that the valuation of inventories flows from the carrying on of a business. The same cannot be said for an adventure in the nature of trade involving a single property. In closing, Marceau J.A. held (at p. 611) that:

[S]ection 10, in the case of a trade, necessarily implies writing up and writing down inventory values, where the market value of the inventories are used in computing the cost of goods sold year after year, but not so in the case of a so-called adventure in the nature of trade, involving a sole property.

IV. Issue on Appeal

Can the appellant benefit from the valuation scheme established by s. 10(1) and Regulation 1801 of the *Income Tax Act* with regard to the Styles Property and, if so, can the decline in the fair market value of that property be claimed as a business loss in each of the 1983 and 1984 taxation years?

V. Analysis

A. Introduction

In order for the appellant to prevail, he must satisfy this Court that the following two requirements are met:

1. He must demonstrate that he is eligible for the valuation scheme proposed by s. 10(1) of the Act. In order to prove such eligibility, the appellant must show that his real estate transac-

paie des impôts au cours des années subséquentes où il y a des augmentations de la valeur marchande au-delà du coût initial. Cette augmentation n'est imposable qu'au moment de l'aliénation du bien. On ne pourrait guère interpréter l'art. 9 comme obligeant le contribuable à déclarer un revenu à l'égard de son «risque qui se continue dans le temps», en évaluant le bien chaque année subséquent. Cela créerait des problèmes pratiques évidents.

Il a aussi été jugé que l'évaluation des inventaires découle de l'exploitation d'une entreprise. On ne peut pas en dire autant d'un projet comportant un risque de caractère commercial qui ne concerne qu'un seul bien. Le juge Marceau conclut en affirmant (à la p. 611):

[L]'article 10, dans le cas d'une entreprise, implique nécessairement la réévaluation et la réduction de la valeur de l'inventaire, lorsque l'on se sert de la valeur marchande des biens figurant à l'inventaire dans le calcul du coût des biens vendus année après année, ce qui n'est pas le cas pour un prétendu risque de caractère commercial mettant en cause un bien unique.

IV. La question en litige dans le présent pourvoi

L'appellant peut-il se prévaloir du régime d'évaluation établi par le par. 10(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et par l'art. 1801 du *Règlement de l'impôt sur le revenu* relativement au domaine Styles et, dans l'affirmative, la diminution de la juste valeur marchande de ce bien peut-elle être déclarée à titre de perte d'entreprise pour chacune des années d'imposition 1983 et 1984?

V. Analyse

A. Introduction

Pour avoir gain de cause, l'appellant doit convaincre notre Cour qu'il satisfait aux deux exigences suivantes:

1. Il doit démontrer qu'il peut se prévaloir du régime d'évaluation prévu par le par. 10(1) de la Loi. À cette fin, l'appellant doit établir que son opération immobilière relative au domaine

89

90

91

tion regarding the Styles Property was a “business” pursuant to the definition set out in s. 248(1) of the Act.

and

2. Given that s. 10(1) and Regulation 1801 simply create a valuation scheme and not an automatic taxation deduction, the appellant must show that he can, under the applicable principles and provisions of the *Income Tax Act*, utilize the s. 10(1) valuation scheme in order to calculate and claim a business loss under s. 9 of the Act. This involves an inquiry into whether the appellant is the kind of businessperson intended to be covered by s. 10(1) and, furthermore, whether a single piece of property that realizes no income or loss can, pursuant to s. 248(1) of the Act, be properly considered to be “inventory” for the taxation years in question.

92

Although the appellant’s initiative is in fact a “business”, in my opinion the Styles Property is not “inventory” under s. 248(1) for the taxation years in question. Persons in the position of the appellant cannot utilize the s. 10(1) valuation scheme to deduct fair market depreciations in their “inventory” as business losses in years in which that “inventory” is not sold. I shall focus much of my attention on this latter consideration given that it raises important issues touching upon the interpretation of taxation legislation generally.

B. Are the Losses Deductible under Section 9 in the Years in Question?

93

As I have already outlined, the appellant must first satisfy this Court that (a) his speculative land deal constituted a “business”, namely an adventure or concern in the nature of trade; and (b) that, under the governing principles and provisions of the *Income Tax Act*, the raw land constituted

Styles est une «entreprise» au sens de la définition donnée au par. 248(1) de la Loi.

et

2. Puisque le par. 10(1) de la Loi et l’art. 1801 du Règlement ne font que créer un régime d’évaluation et non une déduction automatique, l’appelant doit établir qu’il peut, en vertu des dispositions et des principes applicables de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, recourir au régime d’évaluation du par. 10(1) pour calculer et déclarer une perte d’entreprise au sens de l’art. 9 de la Loi. Cela implique qu’il faut se demander si l’appelant est le genre d’homme d’affaires que le par. 10(1) est destiné à viser et, de plus, si un bien unique qui ne génère aucun revenu ni aucune perte peut, en vertu du par. 248(1) de la Loi, être considéré à bon droit comme figurant dans un «inventaire» pour les années d’imposition en question.

Bien que l’opération de l’appelant soit en fait une «entreprise», j’estime que le domaine Styles n’est pas un bien figurant dans un «inventaire», au sens du par. 248(1), pour les années d’imposition en question. Les personnes dans la situation de l’appelant ne peuvent pas recourir au régime d’évaluation du par. 10(1) pour déduire les diminutions de la juste valeur marchande du bien figurant dans leur «inventaire», à titre de pertes d’entreprise pour les années où le bien figurant dans l’«inventaire» n’a pas été vendu. Je vais me concentrer dans une large mesure sur ce dernier point, étant donné qu’il soulève des questions importantes quant à l’interprétation de la législation fiscale en général.

B. Les pertes sont-elles déductibles en vertu de l’art. 9 pour les années en cause?

Comme je l’ai déjà indiqué, l’appelant doit d’abord convaincre notre Cour a) que son opération immobilière spéculative est une «entreprise», notamment un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, et b) que, selon les dispositions et principes applicables de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le terrain vierge constituait un bien figurant dans un «inventaire», au sens

“inventory” under s. 248(1) for the taxation years in question, namely 1983 and 1984.

(i) Is the Appellant’s Venture a Business?

The relevant definition of “business” is found in s. 248(1):

“business” includes a profession, calling, trade, manufacture or undertaking of any kind whatever and, except for the purposes of paragraph 18(2)(c), an adventure or concern in the nature of trade but does not include an office or employment; [Emphasis added.]

Of all of the items included in the definition of “business”, the one bearing the closest relationship with the appellant’s initiative is the “adventure in the nature of trade”. The question that must now be answered is whether the appellant’s real estate venture in fact meets the judicial interpretation on what constitutes an “adventure in the nature of trade”. Since this point is not seriously challenged by the respondent, I shall very quickly review the authorities on this point.

Perhaps the best place to start is Interpretation Bulletin IT-459 (September 8, 1980), which synthesizes the Canadian and U.K. jurisprudence on the definition of an “adventure or concern in the nature of trade” (such as, for example, *Californian Copper Syndicate v. Harris* (1904), 5 T.C. 159 (Ex., Scot.); *Edwards v. Bairstow*, [1956] A.C. 14 (H.L.); *Irrigation Industries Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 346; and *Regal Heights Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] S.C.R. 902). There are several elements used to determine an “adventure in the nature of trade”. These include:

(i) The taxpayer’s conduct: the consideration here is whether the taxpayer’s actions in regard to the property in question were essentially what would be expected of a dealer in such a property.

du par. 248(1), pour les années d’imposition en cause, soit 1983 et 1984.

(i) L’opération spéculative de l’appelant est-elle une entreprise?

Le paragraphe 248(1) donne la définition pertinente du mot «entreprise»:

«entreprise» ou «affaire» comprend une profession, un métier, un commerce, une manufacture ou une activité de quelque genre que ce soit et, sauf aux fins de l’alinéa 18(2)c), comprend un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial mais ne comprend pas une charge ni un emploi; [Je souligne.]

Parmi tous les éléments de la définition du mot «entreprise», celui qui correspond davantage à l’opération de l’appelant est le «projet comportant un risque de caractère commercial». La question à laquelle il faut maintenant répondre est de savoir si l’opération immobilière spéculative de l’appelant correspond à ce que les tribunaux considèrent comme un «projet comportant un risque de caractère commercial». Étant donné que l’intimée ne conteste pas sérieusement ce point, je vais examiner très rapidement la jurisprudence et la doctrine pertinentes.

Le meilleur point de départ est peut-être le bulletin d’interprétation IT-459 (8 septembre 1980), qui fait la synthèse de la jurisprudence canadienne et britannique sur la définition d’un «projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial» (comme, par exemple, les arrêts *Californian Copper Syndicate c. Harris* (1904), 5 T.C. 159 (Ex., Scot.); *Edwards c. Bairstow*, [1956] A.C. 14 (H.L.); *Irrigation Industries Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 346, et *Regal Heights Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1960] R.C.S. 902). Il y a plusieurs éléments qui servent à déterminer ce qui constitue un «projet comportant un risque de caractère commercial», dont:

(i) La conduite du contribuable: il faut ici se demander si les actes du contribuable se rapportant au bien en cause sont essentiellement ceux auxquels on s’attendrait de la part d’une personne qui fait le commerce de ce type de biens.

94

95

96

- (ii) The nature of the property: sometimes an inference of "trading" will emerge from the type of property and whether it appears that its purchase cannot be justified by reasons that the property would procure personal enjoyment or a return to the purchaser other than arising from its disposition.
- (iii) The intention of the taxpayer and the manner in which the property was purchased. Evidence that an attempt was made to sell the property shortly after its acquisition reveals such a trading intention.
- (iv) It is clear that the mere fact that the transaction was a single or isolated one is neither determinative nor prohibitive of a finding that the initiative was in fact an adventure in the nature of trade.

See also E. C. Harris, *Canadian Income Taxation* (1979), at p. 170; and B. J. Arnold, T. Edgar and J. Li, eds., *Materials on Canadian Income Tax* (10th ed. 1993), at pp. 303 *et seq.*

97

In the case at bar, the factual record reveals that the Styles Property was acquired for the purpose of reselling it for financial gain. There was a purchase and an intention to derive a profit therefrom. This anticipated profit was planned to be given partly to charity and partly divided on a *pro rata* basis among the investors, including the appellant. The type of property in question was a parcel of raw land, often the subject matter of real estate trading ventures. Although the actual transaction was a single one, it does not appear that the individuals involved, at least certainly not the appellant, were inexperienced; quite the contrary: the evidentiary record reveals a sophisticated level of business correspondence among the parties to the arrangement in which it was obvious that they were treating it as a trading adventure. For these reasons, I find that the real estate deal was an adventure in the nature of trade and, consequently, a "business" under s. 248(1) of the *Income Tax Act*.

98

However, on another note, I, with respect, disagree with the trial judge (and Marceau J.A.) that

- (ii) La nature du bien: il arrive parfois qu'il se dégage du genre de bien en cause une connotation de «commerce»; il faut aussi se demander si l'acquisition du bien ne peut pas être motivée par le fait qu'il procurerait à l'acquéreur un agrément personnel ou un revenu autre que celui découlant de son aliénation.
- (iii) L'intention du contribuable et la façon dont le bien a été acquis. La preuve d'une tentative de revendre le bien peu après son acquisition révèle l'existence d'une telle intention commerciale.
- (iv) Il est clair que le simple fait qu'il se soit agi d'une opération unique ou isolée n'est pas déterminant et n'empêche pas de conclure qu'elle constituait effectivement un projet comportant un risque de caractère commercial.

Voir aussi E. C. Harris, *Canadian Income Taxation* (1979), à la p. 170; et B. J. Arnold, T. Edgar et J. Li, dir., *Materials on Canadian Income Tax* (10^e éd. 1993), aux pp. 303 et suiv.

En l'espèce, les faits révèlent que l'on a acquis le domaine Styles dans le but de le revendre en réalisant un gain financier. Il y a eu acquisition et intention d'en tirer un bénéfice. Ce bénéfice anticipé devait être en partie versé à des œuvres de charité et en partie divisé au prorata entre les investisseurs, dont l'appelant. Le bien en question était un terrain vierge, les biens de ce type faisant souvent l'objet d'opérations immobilières spéculatives. Même s'il s'agissait d'une opération unique, il ne semble pas que les personnes qui y ont pris part, certainement pas l'appelant en tout cas, aient été inexpérimentées; au contraire, la preuve révèle l'existence d'une correspondance commerciale complexe entre les parties à l'opération qu'elles considéraient, à l'évidence, comme étant une opération spéculative commerciale. Pour ces motifs, je conclus que l'opération immobilière était un projet comportant un risque de caractère commercial et, par conséquent, une «entreprise» au sens du par. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Par ailleurs, je dois dire, en toute déférence, que je ne partage pas l'opinion du juge de première

s. 10(1) of the Act does not apply to a business such as the appellant's which is an adventure in the nature of trade. Nowhere in s. 248(1) is it indicated that something determined to be a "business" because it is an "adventure" is exempt from the definition of "business" for any provisions of the Act other than ss. 18(2)(c), 54.2, 95(1) and 110.6(4)(f). (Sections 54.2 and 110.6(4)(f) were added to the definition in 1988 and s. 95(1) in 1995.) As noted by the Tax Court of Canada in *Bailey*, *supra*, at p. 1328:

The definition of "business" in subsection 248(1) includes "an adventure or concern in the nature of trade". It is the word "business" so defined that is used in subsection 10(1). When Parliament does not intend an adventure or concern in the nature of trade to be included in the word "business" it provides for the exception in the substantive definition of business; for example, the word "business" used in paragraph 18(2)(c) does not include an adventure or concern in the nature of trade

Having found that the appellant's undertaking comes within the definition of "business", the next question to decide is whether the appellant is entitled to claim the decline in his land value under s. 9. This brings us to the principles and jurisprudence regarding that section of the Act.

(ii) The Governing Principles of Profit and Loss under Section 9 of the Act: Can the Appellant Use the Section 10(1) Valuation Scheme to Deduct as a Business Loss the Decline in the Fair Market Value of the Property?

At the outset, I underscore (as did Rouleau J. at trial) that neither s. 10(1) nor Regulation 1801 provides a deduction from income nor do they mandate that any person with inventory can deduct any loss (on fair market value) arising therefrom. They simply give some direction as to how the valuation

instance (et du juge Marceau de la Cour d'appel), selon laquelle le par. 10(1) de la Loi ne s'applique pas à une entreprise comme celle de l'appelant, qui est un projet comportant un risque de caractère commercial. Nulle part dans le par. 248(1) n'est-il indiqué que quelque chose considéré comme étant une «entreprise», parce que c'est un «projet comportant un risque», échappe à la définition du mot «entreprise» en raison de quelque disposition de la Loi, autre que l'al. 18(2)c, l'art. 54.2, le par. 95(1) et l'al. 110.6(4)f). (L'article 54.2 et l'al. 110.6(4)f) ont été ajoutés à la définition en 1988, et le par. 95(1), en 1995.) Comme le fait remarquer la Cour canadienne de l'impôt dans la décision *Bailey*, précitée, à la p. 1328:

La définition d'«entreprise» ou «affaire» au paragraphe 248(1) comprend «un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial». C'est cette définition du mot «entreprise» qui est utilisée au paragraphe 10(1). Lorsque le Parlement ne désire pas inclure un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial dans le mot «entreprise», il en indique l'exception dans la définition substantive d'entreprise; par exemple, le mot «entreprise» utilisé à l'alinéa 18(2)c) ne comprend pas un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial

Après avoir conclu que l'opération de l'appelant est visée par la définition du mot «entreprise», la prochaine question que nous devons trancher est celle de savoir si l'appelant a le droit de réclamer la diminution de la valeur de son terrain en vertu de l'art. 9. Il nous faut donc examiner les principes et la jurisprudence qui se rapportent à cet article de la Loi.

(ii) Les principes régissant les bénéfiques et pertes en vertu de l'art. 9 de la Loi: l'appelant peut-il recourir au régime d'évaluation du par. 10(1) pour déduire à titre de perte d'entreprise la diminution de la juste valeur marchande du bien?

Au départ, je souligne (comme l'a fait le juge Rouleau en première instance) que ni le par. 10(1) de la Loi ni l'art. 1801 du Règlement ne prévoient de déduction du revenu, ni n'édicent qu'une personne ayant un inventaire peut déduire une perte (relative à la juste valeur marchande) en découlant.

procedure should take place once ordinary commercial principles establish whether a business loss should be claimed under s. 9.

101 As noted by Urie J.A. in *The Queen v. Cyprus Anvil Mining Corp.*, 90 D.T.C. 6063 (F.C.A.), at p. 6067:

Subsection 10(1), and Regulation 1801... [are]... provision[s] of general application conferring the possibility for a taxpayer to make a choice of his method of inventory valuation... Computation of income, on the other hand, must relate to the taxpayer's taxation year. I do not think, therefore, that it can be said that subsection 10(1) is a specific provision overriding the general one, subsection 9.

... [Section 10(1)] must be construed within the context of the Act and be harmonious with its scheme and with the object and intention of Parliament.

102 Under s. 9 of the Act, a taxpayer is required to recognize profit from a business in a particular year as income. Profit (or loss) normally equals the proceeds of sales less the cost of those sales. I underscore that computation of profit and loss under s. 9 runs independently from the determination whether a taxpayer is eligible for the s. 10(1) valuation procedure. Inventory valuation is not an expense and is not in itself deductible as such: *Shofar, supra*, at p. 355. Consequently, this Court must thus determine whether, in this case, the appellant is entitled to use the s. 10(1) procedure to compute his losses for the 1983 and 1984 taxation years and, then, whether he can deduct these from his proceeds from the same source, which were nil in both years.

103 This determination must be made with an eye to the principles that govern the computation of profit; in fact, I find these principles are largely dispositive of the instant appeal. As held by Thorson P. in *Daley v. M.N.R.*, [1950] C.T.C. 254 (Ex. Ct.), at p. 260:

Ces dispositions ne font que donner des indications sur la façon dont l'évaluation devrait être faite, une fois qu'il a été établi en vertu des principes commerciaux ordinaires qu'une perte d'entreprise devrait être déclarée en vertu de l'art. 9.

Comme le fait remarquer le juge Urie de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *La Reine c. Cyprus Anvil Mining Corp.*, 90 D.T.C. 6063, à la p. 6067:

[L]e paragraphe 10(1) et l'article 1801 du Règlement [...] [sont des] disposition[s] d'application générale qui accorde[nt] au contribuable la possibilité de choisir sa méthode d'évaluation de son stock [...]. En revanche, le revenu doit être calculé en fonction de l'année d'imposition du contribuable. Je ne crois donc pas que l'on puisse prétendre que le paragraphe 10(1) est une disposition précise qui l'emporte sur la disposition générale, l'article 9.

... [Le paragraphe 10(1)] doit être interprété dans le contexte de la loi en harmonie avec l'économie générale de celle-ci et avec l'objet et l'intention du législateur.

L'article 9 de la Loi exige que, au cours d'une année donnée, le contribuable déclare comme revenu le bénéfice qu'il a tiré d'une entreprise. Le bénéfice (ou la perte) est normalement égal au produit des ventes moins le coût de ces ventes. Je souligne que le calcul des bénéfices et des pertes en vertu de l'art. 9 s'effectue indépendamment de la question de savoir si le contribuable peut se prévaloir du régime d'évaluation du par. 10(1). L'évaluation des biens figurant dans l'inventaire ne constitue pas une dépense et n'est pas déductible comme telle: *Shofar*, précité, à la p. 355. Par conséquent, notre Cour doit décider si, en l'espèce, l'appelant peut recourir au régime du par. 10(1) pour calculer ses pertes pour les années d'imposition 1983 et 1984, et ensuite, s'il peut les déduire de ses recettes provenant de la même source, qui étaient inexistantes pendant ces deux années.

En prenant cette décision, il faut garder à l'esprit les principes qui régissent le calcul d'un bénéfice. En fait, je considère que ces principes sont fort déterminants en l'espèce. Comme l'a affirmé le président Thorson dans *Daley c. M.N.R.*, [1950] C.T.C. 254 (C. de l'É.), à la p. 260:

[T]he first enquiry whether a particular disbursement or expense is deductible . . . [is] whether its deduction is permissible by the ordinary principles of commercial, trading or accepted business and accounting practice.

Cartwright J., in *Dominion Taxicab Association v. Minister of National Revenue*, [1954] S.C.R. 82, was even less equivocal on this matter. He held (at p. 85):

The expression "profit" is not defined in the *Act*. It has not a technical meaning and whether or not the sum in question constitutes profit must be determined on ordinary commercial principles unless the provisions of the *Income Tax Act* require a departure from such principles. [Emphasis added.]

See also V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4th ed. 1993), at pp. 275 *et seq.*; R. Huot, *Understanding Income Tax for Practitioners* (1994-95 edition), at p. 299; and *Materials on Canadian Income Tax, supra*, at pp. 336 *et seq.*

Probably the key taxation principle relevant to the case at bar is the realization principle, which provides that, in the computation of income from an adventure in the nature of trade, gains or losses must be realized in order for them to be included in the computation of income for tax purposes: *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285. In *Minister of National Revenue v. Consolidated Glass Ltd.*, [1957] S.C.R. 167, Rand J. held at p. 174:

[H]ow can profits and gains be considered to have been made in any proper sense of the words otherwise than by actual realization? This [*sic*] is no inventory valuation feature in relation to capital assets The word "loss" in the context means absolute and irrevocable, finality. That state of things is realized upon a sale; . . .

In the case at bar, it is obvious that the "loss" that the appellant seeks to deduct in computing his 1983 and 1984 income had not been realized at that time since the properties had not been disposed of. In fact, no revenues were generated from the Styles Property in either 1983 or 1984. In a sense, in the applicable taxation years the "adven-

[TRADUCTION] [L]a première question de savoir si un débours ou une dépense particulière est déductible [. . .] [consiste] à déterminer si sa déduction est permise selon les principes ordinaires du commerce ou les pratiques commerciales et comptables admises.

Dans l'arrêt *Dominion Taxicab Association c. Minister of National Revenue*, [1954] R.C.S. 82, le juge Cartwright tient des propos encore moins équivoques sur cette question. Voici ce qu'il affirme (à la p. 85):

[TRADUCTION] L'expression «bénéfice» n'est pas définie dans la *Loi*. Elle n'a pas de sens technique et la question de savoir si la somme en cause constitue ou non un bénéfice doit être tranchée d'après les principes commerciaux ordinaires à moins que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'exigent qu'on s'écarte de ces principes. [Je souligne.]

Voir aussi V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4^e éd. 1993), aux pp. 275 *et suiv.*; R. Huot, *Cours d'impôt* (édition 1994-95), à la p. 1-4, *et Materials on Canadian Income Tax, op. cit.*, aux pp. 336 *et suiv.*

Le principe fiscal clé qui s'applique en l'espèce est probablement le principe de réalisation qui prévoit que, dans le calcul du revenu d'un projet comportant un risque de caractère commercial, les gains et les pertes doivent être réalisés pour pouvoir être inclus dans le calcul du revenu aux fins de l'impôt: *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285. Dans l'arrêt *Minister of National Revenue c. Consolidated Glass Ltd.*, [1957] R.C.S. 167, le juge Rand affirme, à la p. 174:

[TRADUCTION] [C]omment peut-on considérer que des bénéfices et des gains ont été faits au sens propre de ces termes, si ce n'est par la réalisation effective? Il n'y a pas d'évaluation de biens figurant dans un inventaire pour des immobilisations [. . .] Le mot «perte» dans ce contexte, signifie un état final, absolu et irrévocable. Cet état de fait se réalise lors d'une vente . . .

En l'espèce, il est évident que la «perte» que l'appellant veut déduire dans le calcul de son revenu pour les années 1983 et 1984 n'avait pas été réalisée à l'époque, puisqu'il n'y avait pas eu aliénation du bien. En fait, aucune recette n'a été tirée du domaine Styles au cours des années 1983 et 1984. En un sens, pendant les années d'imposi-

104

105

106

ture” consisted only of a purchase. It was therefore not fully completed. Although insufficient to extract it from the definition of “business” under s. 248(1), the fact that the adventure was only half-completed in 1983 and 1984 strikes at the heart of the computation of any business losses arising therefrom during those years.

107 Professor B. J. Arnold, in *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), remarks at p. 333:

One of the basic principles of income taxation is that appreciation or depreciation in the value of property is not taken into account in the computation of income until such appreciation or depreciation has been realized, usually by means of a sale.

108 The importance of this principle is reflected in the fact that, whenever the *Income Tax Act* permits deemed dispositions at fair market value without actual realizations, it does so narrowly and in a highly circumscribed manner: for example, when a taxpayer ceases to be a Canadian resident (s. 48 (now repealed)), or upon death (s. 70), or upon change of control (s. 111). Exceptions from the realization principle are thus clearly stipulated and explicitly codified, unlike the exception upon which the appellant seeks to rely. For the most part, the Act does not recognize “unrealized” or “paper” gains or losses: Krishna, *supra*, at pp. 278-79.

109 The respondent correctly notes, however, that the principle of realization in the computation of profit and loss is subject to an exception in the case of stock-in-trade: *Whimster & Co. v. Inland Revenue Commissioners* (1925), 12 T.C. 813 (Ct. Sess., Scot.), at p. 823, *per* Lord Clyde; and *BSC Footwear Ltd. v. Ridgway*, [1971] 2 All E.R. 534 (H.L.). In Canada, this exception is presently codified in s. 10(1) of the *Income Tax Act*: *Minister of National Revenue v. Irwin*, [1964] S.C.R. 662 (referring to the former version of s. 10(1), s. 14(2)). Such stock-in-trade can be valued at the lower of cost and fair market value and, conse-

tion en cause, le «projet» n’a consisté qu’en un achat. Il n’était donc pas entièrement achevé. Bien qu’insuffisant pour le soustraire à l’application de la définition du mot «entreprise» que donne le par. 248(1), le fait que le projet n’était qu’à demi achevé en 1983 et 1984 frappe au cœur même du calcul de toute perte d’entreprise en découlant au cours de ces années.

Dans *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), le professeur B. J. Arnold fait la remarque suivante, à la p. 333:

[TRADUCTION] L’un des principes de base de l’impôt sur le revenu est que l’augmentation ou la diminution de la valeur d’un bien n’entre dans le calcul du revenu que lorsque cette augmentation ou diminution a été réalisée, habituellement au moyen d’une vente.

L’importance de ce principe ressort du fait que, toutes les fois que la *Loi de l’impôt sur le revenu* permet des aliénations réputées avoir été faites à la juste valeur marchande sans réalisation véritable, elle le fait de façon stricte et très limitée: par exemple, lorsqu’un contribuable cesse de résider au Canada (art. 48 (maintenant abrogé)), à la suite de son décès (art. 70), ou à la suite d’un changement de contrôle (art. 111). Des exceptions au principe de réalisation sont donc clairement prévues et explicitement codifiées, contrairement à l’exception qu’invoque l’appelant. En général, la Loi ne reconnaît pas les gains ou les pertes «non réalisées» ou qui n’existent que «sur papier»: Krishna, *op. cit.*, aux pp. 278 et 279.

L’intimée fait cependant remarquer, à juste titre, que le principe de réalisation dans le calcul des bénéfices et des pertes souffre une exception dans le cas des articles de commerce: *Whimster & Co. c. Inland Revenue Commissioners* (1925), 12 T.C. 813 (Ct. Sess., Scot.), à la p. 823, lord Clyde; et *BSC Footwear Ltd. c. Ridgway*, [1971] 2 All E.R. 534 (H.L.). Au Canada, cette exception est actuellement codifiée au par. 10(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*: *Minister of National Revenue c. Irwin*, [1964] R.C.S. 662 (qui renvoie à l’ancienne version du par. 10(1), le par. 14(2)). Ces articles de commerce peuvent être évalués selon la méthode

quently, can permit a dealer therein to deduct unrealized losses through the cost of goods sold formula. The result of this principle is effectively to enable a business to increase its cost of goods sold and thus reduce its profits (or increase its losses) in a given year by the amount by which the market value of its inventory at the end of the year falls below the cost of that inventory. The effect of this is to permit a business to recognize as a loss the decline in the value of its inventory in the year in which this decline occurs as opposed to the year in which the inventory is actually sold. However, the commercial principles and jurisprudential authority underpinning the *Income Tax Act* do not recognize that this exception to the realization principle should operate for unsold single pieces of land that are held by adventurers in trade and alleged to be inventory.

The situation of dealers in stock-in-trade is markedly different from that faced by a business adventurer such as the appellant. Whereas these dealers are engaged in the "carrying on of a business", the appellant has launched a single adventure. These dealers regularly purchase hundreds of goods which are quickly sold. Since there are many sales, over which it is impossible to keep track on an individual basis, an averaging formula is used and discrepancies are, over time, evened out: *BSC, supra*, at p. 536. Such an averaging formula is required since it is not practicable for such dealers to determine their profit by looking at each individual item sold. In fact, in businesses where it is neither possible nor desirable to keep a running total of the cost of the goods being sold on a daily basis, the only feasible way to determine the cost of all the goods sold in an accounting period is to add the value of the inventory on hand at the beginning of the period to the cost of the inventory purchased during the period and then

d'évaluation au moindre du coût et de la juste valeur marchande et, par conséquent, ils peuvent permettre à la personne qui en fait le commerce de déduire des pertes non réalisées, au moyen de la formule du coût des marchandises vendues. Ce principe a effectivement pour résultat de permettre à une entreprise d'accroître le coût de ses marchandises vendues et de réduire ainsi ses bénéfices (ou d'augmenter ses pertes), pour une année donnée, du montant par lequel la valeur marchande des biens figurant dans son inventaire à la fin de l'exercice est inférieure à leur coût. Cela a pour effet de permettre à une entreprise de reconnaître comme perte la diminution de la valeur des biens figurant dans son inventaire, pendant l'année où cette diminution a lieu, par opposition à l'année au cours de laquelle les biens figurant dans l'inventaire sont réellement vendus. Toutefois, les principes commerciaux et la jurisprudence qui sous-tendent la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne reconnaissent pas que cette exception au principe de réalisation devrait s'appliquer dans le cas de terrains uniques non vendus, qui sont détenus par des spéculateurs et qui, allègue-t-on, constituent des biens figurant dans un inventaire.

La situation du marchand d'articles de commerce est nettement différente de celle d'un spéculateur comme l'appelant. Alors que ces marchands «exploitent une entreprise», l'appelant ne s'est engagé que dans un seul projet. Ces marchands achètent régulièrement des centaines de biens qui sont rapidement vendus. En raison du grand nombre de ventes qu'il est impossible de suivre à la trace individuellement, une formule d'étalement est utilisée, et, avec le temps, les écarts sont comblés: *BSC*, précité, à la p. 536. Cette formule est nécessaire parce qu'il n'est pas possible pour ces marchands de calculer leur bénéfice à partir de chaque article vendu. En fait, dans une entreprise où il n'est ni possible ni souhaitable de recalculer quotidiennement le coût des biens vendus, la seule façon de déterminer le coût de tous les biens vendus au cours d'une période comptable est d'ajouter la valeur des biens figurant dans l'inventaire au début de cette période au coût des biens figurant dans l'inventaire acquis au cours de la période,

subtract the value of the inventory on hand at the end of the period: Krishna, *supra*, at p. 324.

111 This situation must be contrasted with that in which the appellant finds himself. The profit/loss from the Styles Property is readily ascertainable in the year of disposition. The piece of inventory is easily traceable. The importance of these considerations was underscored by Jackett C.J. in his decision in *Oryx Realty Corp. v. Minister of National Revenue*, [1974] 2 F.C. 44 (C.A.). Although the facts of *Oryx* are different from those in the appeal at bar, I find the following passage (at p. 48) to be helpful to the present analysis:

Gross trading profit for a taxation year may be obtained by adding together the profits of the various transactions completed in the year or by adding together the prices at which sales were effected in the year and deducting the aggregate of the costs of the various things sold. Either of such methods would be suitable for a business consisting of relatively few transactions. In the ordinary trading business, however, the practice, which has hardened into a rule of law, is that profit for a year must be computed by deducting from the aggregate "proceeds" of all sales the "cost of sales" [involving inventory].

112 Drawing from this decision, the respondent makes the following submission, which I fully endorse:

The introduction of section 10 in the Act was intended only to recognize statutorily the rule that only "ordinary trading businesses" [not the appellant] could properly use the lower of cost or market rule. The section was not intended to extend the use of that rule to cases such as the present one where there is only a single transaction.

113 This legal interpretation has even woven its way into the prior jurisprudence of this Court. In effect, in *Irwin*, *supra*, Abbott J. remarked, in passing at p. 665, that he was "doubtful whether . . . the inventory provisions [presently s. 10(1) and Regulation 1801] . . . are applicable in the circumstances of a case . . . where the actual cost and sale price of each particular piece of property are well

puis de soustraire la valeur des biens figurant dans l'inventaire qui restent à la fin de la période: Krishna, *op. cit.*, à la p. 324.

Cette situation doit être comparée à celle dans laquelle se trouve l'appelant. Le bénéfice ou la perte se rapportant au domaine Styles est facilement vérifiable pendant l'année où il est aliéné. Le bien figurant dans l'inventaire est facilement identifiable. L'importance de ces facteurs a été soulignée par le juge en chef Jackett dans l'arrêt *Oryx Realty Corp. c. Ministre du Revenu national*, [1974] 2 C.F. 44 (C.A.). Bien que les faits de l'arrêt *Oryx* soient différents de ceux du présent pourvoi, je considère que le passage suivant (à la p. 48) est utile à la présente analyse:

On peut obtenir le profit brut d'exploitation pour une année d'imposition en additionnant les bénéfices tirés de différentes opérations, effectuées durant l'année ou en additionnant les montants des ventes de l'année et en déduisant le coût total des différentes marchandises vendues. L'une ou l'autre de ces méthodes convient à une entreprise qui effectue relativement peu d'opérations. Dans l'entreprise commerciale ordinaire, cependant, l'usage, qui est devenu un principe de droit, veut qu'on calcule le profit d'une année en déduisant du «produit» total des ventes le «coût des ventes» [mettant en cause l'inventaire].

Se fondant sur cet arrêt, l'intimée avance l'argument suivant, avec lequel je suis tout à fait d'accord:

[TRADUCTION] L'article 10 n'a été introduit dans la Loi que pour codifier la règle voulant que seules les «entreprises commerciales ordinaires» [et non l'appelant] puissent à bon droit invoquer la règle d'évaluation au moindre du coût et de la valeur marchande. L'article n'a pas été conçu pour que cette règle s'applique aux affaires comme la présente où il n'y a qu'une seule opération.

Cette interprétation juridique a même fait son chemin dans la jurisprudence antérieure de notre Cour. En effet, dans l'arrêt *Irwin*, précité, le juge Abbott a fait remarquer en passant, à la p. 665, qu'il était [TRADUCTION] «douteux que [. . .] les dispositions se rapportant à l'inventaire [actuellement le par. 10(1) de la Loi et l'art. 1801 du Règlement] [. . .] s'appliquent dans un cas [. . .] où le

established". At the time these comments were *obiter dicta*, but I now treat them as an important part of the *ratio decidendi* of the instant appeal.

It is well accepted that adventurers do not "carry on" a business. As remarked by Jackett P. in *Tara Exploration and Development Co. v. M.N.R.*, 70 D.T.C. 6370 (Ex. Ct.), at p. 6376, aff'd [1974] S.C.R. 1057:

I have concluded that the better view is that the words "carried on" are not words that can aptly be used with the word "adventure". To carry on something involves continuity of time or operations such as is involved in the ordinary sense of a "business". An adventure is an isolated happening. One *has* an adventure as opposed to *carrying on* a business. [Emphasis in original.]

Although an adventure in the nature of trade (just as a stock-in-trade retail establishment and other examples of "carried on" enterprises) are "businesses" under s. 248(1), I conclude that it is only persons who carry on a business who ought to be entitled to benefit from s. 10. This position is echoed in previous decisions of this Court: *Irwin*, *supra*, and *Shofar*, *supra*. In fact, in *Shofar*, Martland J., writing for a unanimous Court, held at p. 354:

[T]he practice, "hardened into a rule of law" in the computation of the profit of a trading business is to deduct from the aggregate proceeds of all sales the cost of sales computed by adding the value placed on inventory at the beginning of the year to the cost of acquisitions to inventory during the year, less the value of inventory at the end of the year. [Emphasis added.]

For his part, Harris, *supra*, remarks at p. 170 that, if the taxpayer had "a trading motivation, his gain or loss on the transaction would be a business gain or loss". I highlight his use of the words "on the transaction": implicit in this terminology is the recognition that there be a purchase and a sale and that the proceeds arising therefrom be used to calculate the profit or loss flowing from that source

coût et le prix de vente réels de chaque bien sont clairement établis». À l'époque, ces commentaires constituaient une opinion incidente, mais, maintenant, j'en fais une partie importante de la *ratio decidendi* du présent arrêt.

Il est reconnu que les spéculateurs n'«exploitent» pas une entreprise. Comme l'a fait remarquer le président Jackett dans l'arrêt *Tara Exploration and Development Co. c. M.R.N.*, 70 D.T.C. 6370 (C. de l'É.), à la p. 6376, conf. par [1974] R.C.S. 1057:

J'ai conclu [...] que la meilleure interprétation est que l'expression «a exercé» n'est pas une expression que l'on peut utiliser convenablement avec le terme «initiative». Exercer quelque chose implique une continuité dans le temps ou dans les opérations, comme celle qu'implique le sens ordinaire du mot «entreprise». Une initiative est un événement isolé. On *prend* une initiative et on *exerce* une entreprise. [En italique dans l'original.]

Bien qu'un projet comportant un risque de caractère commercial (tout comme les établissements de vente au détail d'articles de commerce et d'autres exemples d'exploitations commerciales) soit une «entreprise» au sens du par. 248(1), je conclus que seules les personnes qui exploitent une entreprise devraient pouvoir se prévaloir de l'art. 10. Ce point de vue est exprimé dans des arrêts antérieurs de notre Cour: *Irwin* et *Shofar*, précités. En fait, dans l'arrêt *Shofar*, le juge Martland conclut, au nom de la Cour à l'unanimité, à la p. 354:

[L]'usage «qui est devenu un principe de droit» dans le calcul du profit d'une entreprise commerciale, veut qu'on déduise du produit total des ventes le coût des ventes, calculé en ajoutant la valeur attribuée aux stocks au début de l'année au coût des acquisitions durant l'année, moins la valeur de l'inventaire à la fin de l'année. [Je souligne.]

Quant à Harris, *op. cit.*, il fait remarquer, à la p. 170, que, si le contribuable avait [TRADUCTION] «une motivation commerciale, son gain ou sa perte découlant de l'opération formerait un gain ou une perte d'entreprise». Je souligne qu'il utilise les mots [TRADUCTION] «de l'opération», qui signifient implicitement que l'on reconnaît qu'il doit y avoir un achat et une vente, et que le produit qui en est

and, in turn, be entered under s. 9 in the year in which the trading venture is completed.

116 The appellant is concerned with the alleged unfairness resulting from the adoption of the respondent's interpretation. According to the appellant, the respondent's methodology would result in an inequitable situation in which a business, if it were to own 100 lots and sell one of these, would be eligible for the inventory "write down" and if it were to sell none it would not be so eligible. I do not see how the decision in the instant appeal would lead to such a result. It is clear that any profits or losses arising from that sale of the one piece of property actually sold could be included under s. 9. However, the ability to deduct the fair market depreciation of the 99 unsold lots hinges not upon whether or not one lot is sold but, rather, upon the determination whether "ordinary commercial principles" would recognize the holding of 100 lots (in which only one was sold) as tantamount to "stock-in-trade". If so, then such a fictional taxpayer might very well be entitled to claim any decline in fair market value as a business loss. But this is a hypothetical question for a future court to decide. It does not arise upon the facts of this case. This appeal only involves one transaction, this being very far removed from the level of continuous activity at which the cost of goods sold formula is geared to operate.

117 What does arise in this case is my observation that, if adopted, the appellant's argument would have a wide range of undesirable ramifications from a policy standpoint. It would create a situation in which any property acquired for the purpose of resale at a profit (that is as part of an adventure in the nature of trade), outside of the normal carrying on of a business (shares, art, stamps, gold, land, antiques), would constitute a source of income in each year, thus requiring, in the absence of the sale of the property, an annual

tiré doit servir à calculer le bénéfice ou la perte qui en découle et, ensuite, être inscrit en vertu de l'art. 9 pour l'année durant laquelle l'opération spéculative commerciale est complétée.

L'appellant prétend que l'adoption de l'interprétation de l'intimée entraînerait un résultat injuste. Selon lui, la méthode de l'intimée engendrerait une situation inéquitable dans laquelle une entreprise, si elle possédait 100 terrains et en vendait un, pourrait se prévaloir d'une réduction de valeur de l'inventaire, alors qu'elle ne le pourrait pas si elle n'en vendait aucun. Je ne vois pas comment l'arrêt prononcé dans le présent pourvoi pourrait produire ce résultat. Il est clair que tous les bénéfices ou toutes les pertes qui proviendraient de la vente effective de ce terrain particulier pourraient être inclus en vertu de l'art. 9. Toutefois, la possibilité de déduire la diminution de la juste valeur marchande des 99 terrains non vendus repose non pas sur le fait qu'un terrain soit vendu ou non, mais, plutôt, sur la question de savoir si les «principes commerciaux ordinaires» considéreraient les 100 terrains détenus (dont un seul a été vendu) comme équivalant à des «articles de commerce». Dans l'affirmative, le contribuable de cet exemple pourrait très bien inscrire une déduction, à titre de perte d'entreprise, pour toute diminution de la juste valeur marchande. Mais c'est là une question hypothétique que les faits de la présente affaire ne soulèvent pas et dont la résolution est laissée au tribunal qui, éventuellement, en sera saisi. Le présent pourvoi ne concerne qu'une seule opération, ce qui est bien loin de l'activité commerciale continue à l'égard de laquelle la formule du coût des biens vendus est destinée à s'appliquer.

Ce que je crois discerner en l'espèce, c'est que si l'argument de l'appellant devait être adopté, cela aurait de nombreuses conséquences indésirables sur le plan des principes. Cela créerait une situation dans laquelle tout bien acquis en vue d'être revendu avec bénéfice (c.-à-d. dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial), en dehors de l'exploitation normale d'une entreprise (actions, œuvres d'art, timbres, lingots d'or, terrains, antiquités), constituerait une source de revenu pour chaque année, nécessitant par con-

computation of profit or loss in which, necessarily, a valuation of the fair market value of the property would have to be undertaken. Moreover, this loss could be carried over to offset any actual business profits regardless whether the loss was actually realized during the year. It would thus only be in cases of capital property that the realization principle would continue to operate. I have serious doubts that this was the intent of the drafters of the exception to the realization principle contained in s. 10(1) and Regulation 1801. I also doubt that it was their intention to oblige the owners of such a vast array of property to make yearly appraisals of the worth of that property for taxation purposes; moreover, given that these calculations would merely be appraisals, significant uncertainty and unreliability in the computation of tax liability might very well arise.

The appellant's interpretation would also undermine the matching principle underpinning s. 9 of the Act: *Neonex International Ltd. v. The Queen*, 78 D.T.C. 6339 (F.C.A.) (for an affirmation of the importance of this principle and an invalidation of an attempt to claim expenses in a year in which they were not incurred); see also *West Kootenay Power and Light Co. v. Canada*, [1992] 1 F.C. 732 (C.A.). This principle emphasizes that receipts and expenditures which produce the net income are to be properly "matched" in the same time period: Krishna, *supra*, at p. 279. The importance of the "match" flows from the critical role timing considerations play in taxation matters. In the case of an adventure in the nature of trade, the profit or loss from the transaction is computed at the time the adventure is effected, not in any year prior to the settlement: see *Tobias v. The Queen*, 78 D.T.C. 6028 (F.C.T.D.). Instead, the adoption of the appellant's interpretation would permit a wide array of these "adventures in the nature of trade" to expense the costs (or a portion thereof) in one taxation year while recognizing the revenues in another year.

séquent, si le bien n'est pas vendu, un calcul annuel du bénéfice ou de la perte, pour lesquels une évaluation de la juste valeur marchande devrait nécessairement être faite. De plus, cette perte pourrait être reportée pour compenser tout profit d'entreprise réel, peu importe que la perte ait été effectivement réalisée au cours de l'année ou non. Par conséquent, le principe de réalisation ne continuerait alors de s'appliquer qu'aux biens en immobilisation. Je doute sérieusement que ce fût là l'intention des rédacteurs de l'exception au principe de réalisation, contenue au par. 10(1) de la Loi et à l'art. 1801 du Règlement. Je doute aussi qu'ils aient voulu de forcer les propriétaires d'un ensemble de biens aussi impressionnant à faire des estimations annuelles de la valeur de ces biens aux fins de l'impôt; de plus, étant donné que ces calculs ne seraient que des estimations, ils pourraient très bien entraîner de l'incertitude et de l'imprécision relativement à l'assujettissement à l'impôt.

L'interprétation de l'appelant minerait aussi le principe de rattachement qui sous-tend l'art. 9 de la Loi: *Neonex International Ltd. c. La Reine*, 78 D.T.C. 6339 (C.A.F.) (pour une affirmation de l'importance de ce principe et un rejet d'une tentative de déduire des dépenses pour une année où elles n'avaient pas été engagées); voir aussi *West Kootenay Power and Light Co. c. Canada*, [1992] 1 C.F. 732 (C.A.). Selon ce principe, les recettes et les dépenses qui produisent le revenu net doivent être correctement «rattachées» au cours du même exercice: Krishna, *op. cit.*, à la p. 279. L'importance de ce «rattachement» découle du rôle crucial que joue le temps en matière de fiscalité. Dans le cas d'un projet comportant un risque de caractère commercial, le bénéfice ou la perte de l'opération est calculé au moment où le projet est réalisé, et non durant une année antérieure à sa réalisation: voir *Tobias c. La Reine*, 78 D.T.C. 6028 (C.F. 1^{re} inst.). Adopter l'interprétation de l'appelant permettrait, au contraire, dans un grand nombre de ces projets comportant un «risque de caractère commercial» d'imputer les coûts (ou une partie des coûts) durant une année d'imposition tout en inscrivant les recettes pendant une autre année.

119

As was proposed by the respondent before this Court:

It is submitted that it is settled law that in the case of an adventure in the nature of trade, the profit or loss from the transaction is computed at the time the adventure is settled and no computation of profit or loss is necessary or appropriate in any year prior to the settlement. . . .

In the case of isolated transactions, the use of the lower of cost or market method typically would significantly distort the profit from such transactions. For example, where the sale of a particular piece of property does not occur for several years, the taxpayer would be permitted to deduct over the several years losses in respect of unrealized depreciations in value of the property. By contrast, with ordinary trading businesses, the stock-in-trade of the particular business typically turns over in the next fiscal period and, hence, the anticipated losses deducted at the end of any one year are more likely (because of the continuing sales activity of the trading business) to be in fact realized in the next year. The distortion of profit in such cases is therefore likely to be substantially less than in the case of an adventure in the nature of trade where the realization of the profit or loss may not take place for a number of years.

This distortion can, for those with profits and losses emanating from other non-related sources, effectively permit individuals to avoid tax through a careful balancing of their varied isolated investments. I cannot accept that this is conduct Parliament intended to encourage.

120

I also find that the appellant's interpretation undermines broad principles of symmetry. If we permit the appellant to deduct the losses he claims he is entitled to, then, if the taxation system is to remain symmetrical, business gains on unrealized "inventory" would also have to be filed. This is not the case. I am aware of the fact that the appellant points out that, if in a year subsequent to acquisition but prior to disposition, a property which in a previous year fell in value then increases in value, any increase up to original cost will have to be taken into account in the income calculation. However, I observe that no unrealized increase beyond original cost is ever taxed, thereby giving rise to an

L'intimée a soutenu la thèse suivante devant notre Cour:

[TRADUCTION] On fait valoir qu'il est bien établi en droit que, dans le cas d'un projet comportant un risque de caractère commercial, le bénéfice ou la perte découlant de l'opération est calculé au moment où le projet est réalisé, et aucun calcul du bénéfice ou de la perte n'est nécessaire ou approprié pour toute année précédant la réalisation . . .

Dans le cas d'opérations isolées, l'utilisation de la méthode d'évaluation au moindre du coût et de la juste valeur marchande entraînerait normalement des distorsions importantes de la valeur des bénéfices tirés de ces opérations. Par exemple, si un certain bien reste invendu pendant plusieurs années, le contribuable pourrait déduire, pour ces années, des pertes pour les dévaluations non réalisées du bien. Par contre, dans le cas d'entreprises commerciales ordinaires, les articles de commerce de l'entreprise sont normalement remplacés au cours de l'exercice suivant, et, par conséquent, les pertes anticipées déduites à la fin de chaque année sont plus susceptibles (en raison de la continuité des opérations de vente de l'entreprise commerciale) d'être réalisées au cours de l'année suivante. La distorsion des bénéfices dans cette situation risque donc d'être beaucoup moins importante que dans le cas d'un projet comportant un risque de caractère commercial, où la réalisation du bénéfice ou de la perte peut prendre des années.

Cette distorsion peut effectivement permettre à des contribuables qui ont des bénéfices et des pertes provenant d'autres sources indépendantes d'éviter l'impôt grâce à une répartition judicieuse de leurs divers placements isolés. Je ne puis accepter que le législateur a voulu encourager une telle conduite.

Je trouve aussi que l'interprétation de l'appelant mine des principes généraux de symétrie. Si nous permettons à l'appelant de déduire les pertes qu'il prétend pouvoir déduire, alors, pour que le système fiscal demeure équilibré, les gains d'entreprise portant sur des biens non réalisés figurant dans un «inventaire» devraient aussi être déclarés. Ce n'est pas le cas. Je suis conscient du fait que l'appelant souligne que, si durant une année suivant l'acquisition, mais avant l'aliénation, le bien, qui, au cours d'une année antérieure a perdu de la valeur, reprend de la valeur, toute augmentation de valeur, jusqu'à concurrence du coût original, devra être prise en considération dans le calcul du revenu.

asymmetry since any drop below cost would, on the appellant's interpretation, immediately give rise to a business loss.

It was submitted before this Court that denying the appellant the benefit of s. 10 impinges upon the principle of conservatism which constitutes a principal element of the generally accepted accounting procedures used to calculate profit/loss under s. 9. In response, I note that this Court, in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 723, held that it is more appropriate in the taxation context to rely upon well-accepted commercial principles given that strict adherence to accounting conservatism might not be consonant with the purposes of the taxation system. This conclusion is echoed in the academic context. Arnold, *supra*, at pp. 332-33, concludes:

[T]he lower of cost and fair market value rule . . . is a product of the conservatism of accounting practice, which finds an understatement of income preferable to an overstatement. There is some justification for this conservatism for purposes of financial accounting; however, substantial doubt has been raised as to the validity of the lower of cost and fair market value rule even for financial accounting purposes. For tax purposes, there is no justification for either the lower of cost and fair market value rule or the "all fair market value" rule for the valuation of inventory.

It is for this reason that the lower of cost and market method of inventory valuation contained in s. 10(1) and Regulation 1801 is recognized as an exception limited only to stock-in-traders. I see no reason to extend its reach beyond this group, and certainly not to adventures in the nature of trade. The applicable method of accounting within the taxation context should be that which best reflects the taxpayer's true income position: *Ken Steeves Sales Ltd. v. M.N.R.*, 55 D.T.C. 1044 (Ex. Ct.); *M.N.R. v. Publishers Guild of Canada Ltd.*, 57 D.T.C. 1017 (Ex. Ct.), at pp. 1026 and 1030; *Associated Investors of Canada Ltd. v. M.N.R.*, 67

Toutefois, je remarque qu'une augmentation non réalisée dépassant le coût original n'est jamais imposée, ce qui engendre une asymétrie, étant donné que toute diminution de valeur par rapport au coût original entraînerait immédiatement, selon l'interprétation de l'appellant, une perte d'entreprise.

On a fait valoir, devant notre Cour, que nier à l'appellant le droit de se prévaloir de l'art. 10 empiète sur le principe de prudence qui est un élément principal des procédures comptables généralement reconnues, qui servent à calculer les bénéfices et les pertes au sens de l'art. 9. Je réponds que notre Cour, dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 723, a jugé qu'il convient davantage, dans le contexte fiscal, de suivre les principes commerciaux reconnus, étant donné qu'une observation stricte du principe comptable de prudence pourrait entrer en conflit avec les fins du régime fiscal. La doctrine reprend cette conclusion: Arnold, *op. cit.*, aux pp. 332 et 333:

[TRADUCTION] [L]a règle de l'évaluation au moindre du coût et de la valeur marchande [. . .] est un produit de la prudence de la pratique comptable, où l'on considère une sous-évaluation du revenu préférable à une surévaluation. Cette prudence peut se justifier en comptabilité financière; toutefois, on a soulevé des doutes sérieux quant à la validité de la règle de l'évaluation au moindre du coût et de la valeur marchande, même à des fins de comptabilité financière. Pour l'évaluation à des fins fiscales des biens figurant dans un inventaire, rien ne justifie d'appliquer la règle de l'évaluation au moindre du coût et de la juste valeur marchande, ou celle de la «juste valeur marchande intégrale».

C'est pour cette raison que la méthode d'évaluation au moindre du coût et de la valeur marchande des biens figurant dans un inventaire, que contiennent le par. 10(1) de la Loi et l'art. 1801 du Règlement, est reconnue comme une exception ne s'appliquant qu'aux marchands d'articles de commerce. Je ne vois aucune raison d'en étendre la portée, et certainement pas aux projets comportant un risque de caractère commercial. Aux fins de l'impôt, la méthode comptable applicable devrait être celle qui reflète le mieux la situation véritable du contribuable sur le plan de ses revenus: *Ken Steeves Sales Ltd. c. M.N.R.*, 55 D.T.C.

D.T.C. 5096 (Ex. Ct.), at pp. 5098-99; and *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. The Queen*, 91 D.T.C. 5038 (F.C.T.D.). In the case at bar, the appellant's income position is best reflected by not declaring the decline in the fair market value of the Styles Property as a business loss in 1983 and 1984, but instead waiting until the year of disposition to enter any such losses, this being 1986.

123 The appellant further alleges that the respondent's interpretation of the expense scheme for inventory would lead to a mathematical absurdity. It is submitted that in determining the raw land to be inventory yet in insisting that the inventory valuation can only be done in the year of disposition, the Federal Court of Appeal has created a situation in which the real loss suffered by the taxpayer can never be realized. I have two responses to this line of argument.

124 First, the problem is entirely obviated if the land is not held to be "inventory" or the taxpayer is precluded from utilizing the inventory valuation scheme for the purposes of s. 9; in such a scenario, the loss in the year of disposition is simply calculated by subtracting the proceeds of the disposition from the original amount disbursed to purchase the property (and *vice versa* for profits). Second, upon closer scrutiny, it is the appellant's interpretation which yields mathematical improbabilities: it would recognize a negative cost of goods sold, something of a surprise, in a year in which there were in fact no sales, an even greater surprise. Furthermore, it would seem that a negative cost of goods sold would render askew the entire deemed realization formula contained within s. 10(1).

125 In closing, I emphasize my discomfort with a ruling that would permit speculative investments constituting "adventures in the nature of trade" to

1044 (C. de l'É.); *M.N.R. c. Publishers Guild of Canada Ltd.*, 57 D.T.C. 1017 (C. de l'É.), aux pp. 1026 et 1030; *Associated Investors of Canada Ltd. c. M.N.R.*, 67 D.T.C. 5096 (C. de l'É.), aux pp. 5098 et 5099, et *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. La Reine*, 91 D.T.C. 5038 (C.F. 1^{re} inst.). En l'espèce, la meilleure façon de présenter la situation de l'appelant quant à ses revenus consiste non pas à déduire la diminution de la juste valeur marchande du domaine Styles à titre de perte d'entreprise en 1983 et 1984, mais plutôt à attendre l'année de l'aliénation, soit 1986, pour inscrire toute perte de cette nature.

L'appelant allègue de plus que l'interprétation que l'intimée donne au régime d'imputation relatif à l'inventaire aboutirait à une absurdité mathématique. Il soutient qu'en statuant que le terrain vierge figure dans un inventaire, tout en insistant sur le fait que l'évaluation des biens qui figure dans l'inventaire ne peut se faire que durant l'année de son aliénation, la Cour d'appel fédérale a créé une situation dans laquelle la perte réelle subie par le contribuable ne pourra jamais être réalisée. J'ai deux réponses à cet argument.

Premièrement, on prévient tout problème si l'on ne considère pas le terrain comme un bien figurant dans un «inventaire», ou s'il est interdit au contribuable de se prévaloir, aux fins de l'art. 9, du régime d'évaluation des biens figurant dans un inventaire; dans un tel cas, on calcule la perte durant l'année de l'aliénation simplement en soustrayant le produit de l'aliénation du montant original déboursé pour acquérir le bien (et vice-versa pour les bénéficiaires). Deuxièmement, à y regarder de plus près, c'est l'interprétation de l'appelant qui mène à des invraisemblances mathématiques: elle reconnaîtrait l'existence d'un coût négatif des biens vendus, quelque chose d'assez étonnant, durant une année où il n'y a eu aucune vente, quelque chose d'encore plus étonnant. De plus, il semblerait qu'un coût négatif des biens vendus aurait pour effet de fausser toute la formule de réalisation réputée que renferme le par. 10(1).

Pour terminer, je souligne que je serais ennuyé par une décision qui permettrait que des placements spéculatifs qui constituent des «projets com-

be written down to the lower of cost and market value in years in which their value declines yet they are not sold. This discomfort appears to be shared by the drafters of the Act as well as the authors of much of the jurisprudence and academic commentaries dealing with the computation of profit under s. 9 of the Act. Both the application of s. 10(1) as well as the definition of “inventory” must be very sensitive to these considerations.

(iii) Is the Land “Inventory”?

With an eye to the aforementioned principles of profit and loss within the context of income taxation, I turn to the question whether the Styles Property could be considered to be “inventory”. Section 248(1) defines “inventory” as follows:

“inventory” means a description of property the cost or value of which is relevant in computing a taxpayer’s income from a business for a taxation year; [Italics and underlining added.]

In my mind the key element of this definition is that the property, in order to be properly classified as “inventory”, must have a cost or value which, in the particular taxation year in question, bears some relevance to the amount of the taxpayer’s income (profit or loss) for that particular year. Under the principles of tax accounting, the value of inventory bears no direct relationship with profit/loss. Rather, profit or loss is calculated by subtracting the cost of sales (the value of the inventory at the beginning of the year plus the cost of acquisitions, less the value of the inventory at the end of the year) from the proceeds of sale: *Shofar, supra*. Thus, the value of inventory (which, according to s. 10(1), can be based on cost or fair market value) only plays a part in calculating the cost of sales. Ostensibly, in order for there to be “costs of sales”, there must have been a sale in the first place. Once again, the realization principle is triggered.

portant un risque de caractère commercial» soient évalués au moindre du coût et de la valeur marchande durant les années où leur valeur diminue, bien qu’ils ne soient pas vendus. Cet ennui semble être partagé par les rédacteurs de la Loi, ainsi que par les juges et les auteurs de doctrine qui ont traité du calcul des bénéfices en vertu de l’art. 9 de la Loi. Tant l’application du par. 10(1) que la définition du mot «inventaire» nécessitent que l’on garde bien à l’esprit ces considérations.

(iii) Le terrain constitue-t-il un bien figurant dans un «inventaire»?

Gardant à l’esprit les principes susmentionnés quant aux bénéfices et aux pertes dans le contexte de l’impôt sur le revenu, j’examine maintenant la question de savoir si le domaine Styles peut être considéré comme un bien figurant dans un «inventaire». Le paragraphe 248(1) définit le mot «inventaire» de la façon suivante:

«inventaire» signifie la description des biens dont le prix ou la valeur entre dans le calcul du revenu qu’un contribuable tire d’une entreprise pour une année d’imposition; [Italiques et soulignement ajoutés.]

À mon avis, l’élément clé de cette définition est que le bien, pour pouvoir être qualifié à bon droit de bien figurant dans un «inventaire», doit avoir un coût ou une valeur qui, durant l’année d’imposition en cause, a une incidence sur le revenu du contribuable (bénéfice ou perte) pour cette année. Selon les principes de la comptabilité fiscale, la valeur des biens figurant dans un inventaire n’a aucun lien direct avec le bénéfice ou la perte. Au contraire, on calcule le bénéfice ou la perte en soustrayant du produit de la vente le coût des ventes (la valeur des biens figurant dans l’inventaire au début de l’année, plus le coût des acquisitions, moins la valeur des biens figurant dans l’inventaire à la fin de l’année): *Shofar, précité*. Ainsi, la valeur des biens figurant dans un inventaire (qui, selon le par. 10(1), peut reposer soit sur le coût soit sur la juste valeur marchande) ne joue un rôle que dans le calcul du coût des ventes. Il est évident que pour qu’il y ait «coût des ventes», il faut d’abord qu’il y ait eu vente. Encore là, l’application du principe de réalisation est déclenchée.

126

127

128 In 1983 and 1984 there was no sale of the land. Nor was there a purchase. The land was not involved in any transaction whatsoever. To this end, the drop in the fair market value of the land had no effect whatsoever on the income of the appellant. It may have affected the appellant's wealth or the size of his asset portfolio, but neither of these constitute his "income" for the taxation years in question. In a sense, I find that the appellant has neglected the importance of the phrase "for a taxation year" inserted in the definition in s. 248(1).

129 In fact, at para. 7(d) of his factum, the appellant submits that his "interest in the Styles Property was inventory because the cost or value of that property is relevant in determining his income from a business". Of course, over the lifetime of the business, the purchase of that property might very well have a significant impact on that business's income. But the *Income Tax Act* does not levy funds based upon the lifetime of a business. Rather, taxation is organized in discrete yearly units; the ability to carry over deductions/inclusions from one year to the other is highly circumscribed. This rationale appears to have infused the definition of "inventory" since, in order to fit within this definition, there must be relevance to the income for that taxation year. This is plainly not the case in the appeal at bar. In short, the appellant should be able to claim, under the ordinary tracing formula (proceeds less the purchase cost), the drop in the value of the land in the year in which the property is disposed of, but not in years where the property remains dormant.

130 At this juncture, it must be remembered that the Act's definition of "inventory" is not identical to the definition proposed for accounting or real estate purposes. After all, as this Court concluded in *Symes, supra*, at p. 723, the *Income Tax Act* is motivated by the purpose of raising public revenues and, as such, differs from the goals of the accounting world. I note in this regard that the Canadian Institute of Chartered Accountants has

Le terrain n'a été vendu ni en 1983 ni en 1984. Il n'y a pas eu d'acquisition non plus. Le terrain n'a fait l'objet d'aucune opération quelle qu'elle soit. À cet égard, la diminution de la juste valeur marchande du terrain n'a pas eu la moindre incidence sur le revenu de l'appellant. Elle peut avoir affecté la richesse de l'appellant ou l'importance de son actif, mais rien de cela ne constitue son «revenu» pour les années d'imposition en question. En un sens, je conclus que l'appellant n'a pas apprécié l'importance des termes «pour une année d'imposition», contenus dans la définition du par. 248(1).

En fait, à l'al. 7d) de son mémoire, l'appellant soutient que sa [TRADUCTION] «part du domaine Styles figure dans un inventaire parce que le coût ou la valeur de ce bien est pertinent pour déterminer son revenu d'entreprise». Il est évident que, pendant toute la durée de l'entreprise, l'acquisition de ce bien pourrait très bien avoir une grande incidence sur ce revenu de l'entreprise. Mais la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne perçoit pas des impôts en fonction de la durée d'une entreprise. L'imposition est plutôt organisée en unités annuelles distinctes; la possibilité de reporter des déductions ou des inclusions d'une année à l'autre est fort limitée. Ce raisonnement semble avoir inspiré la définition du mot «inventaire» étant donné que, selon cette définition, les éléments en cause doivent entrer dans le calcul du revenu de l'année d'imposition en cause. Ce n'est absolument pas le cas en l'espèce. Bref, l'appellant devrait être capable de réclamer, en vertu de la formule d'identification ordinaire (produit moins coût d'acquisition), la diminution de la valeur du terrain pendant l'année de l'aliénation du bien, mais pas durant les années où le bien ne fait l'objet d'aucune opération.

Il faut se rappeler à ce stade-ci que la définition que la Loi donne du mot «inventaire» n'est pas identique à celle proposée pour la comptabilité ou le commerce immobilier. Après tout, comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Symes*, précité, à la p. 723, le but de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est de percevoir des revenus publics et, comme tel, il diffère de celui du milieu de la comptabilité. Je constate, à cet égard, que l'Institut canadien des

defined "inventory" as including, *inter alia*, "[i]tems of tangible property which are held for sale in the ordinary course of business": *Terminology for Accountants* (3rd ed. 1983), at p. 81. Similarly, a publication entitled *Canadian Institute of Public Real Estate Companies Recommended Accounting Practices for Real Estate Companies* (November 1985) states that land currently held for sale and land held for future development and sale is inventory. Under both of these definitions, the appellant's land would likely be included as "inventory". But the *Income Tax Act* has taken a very different approach. It has expressly codified (and hence, in cases of conflict, overruled the principles that underlie the accounting or commercial worlds) a definition that clearly connects the property to the yearly income and, in the appellant's case, this link is missing for the taxation years 1983 and 1984. So, too, is the principal condition precedent to the applicability of the inventory valuation scheme, namely that the taxpayer be a stock-in-trader.

The appellant relies on a series of cases in support of the proposition that even undisposed property which is the subject matter of an adventure in the nature of trade can constitute inventory and, thus, should its fair market value drop, the taxpayer is entitled to register that unrealized decline in value as a business loss for that year: *Bailey, supra*; *Weatherhead, supra*; *Van Dongen, supra*; and *Skerrett v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1330 (T.C.C.). I note in passing that the Federal Court of Appeal has never heard any of these cases; in fact, the only Federal Court of Appeal authority in this area of the law is its decision in the case at bar. With respect, I choose not to follow this line of authority. I note that in none of these decisions was the meaning of "inventory" under s. 248(1) properly placed within the context of the principles of profit and loss (developed under s. 9 and the predecessor

comptables agréés a défini le mot «inventaire» comme incluant, notamment, [TRADUCTION] «[d]es biens corporels détenus pour la vente dans le cours normal d'une entreprise»: *Terminology for Accountants* (3^e éd. 1983), à la p. 81. De même, dans une publication intitulée *Canadian Institute of Public Real Estate Companies Recommended Accounting Practices for Real Estate Companies* (novembre 1985), on affirme qu'un terrain actuellement détenu en vue d'être vendu et un terrain détenu en vue d'être mis en valeur et vendu sont des biens figurant dans un inventaire. Selon ces deux définitions, le terrain de l'appelant serait vraisemblablement un bien figurant dans un «inventaire». Mais la *Loi de l'impôt sur le revenu* adopte un tout autre point de vue. Elle a expressément codifié (et, par conséquent, en cas de conflit, écarté les principes qui sous-tendent la comptabilité et le commerce) une définition qui lie clairement le bien au revenu annuel, et, dans le cas de l'appelant, ce lien manque pour les années d'imposition 1983 et 1984. C'est aussi la principale condition préalable de l'applicabilité du régime d'évaluation des biens figurant dans un inventaire, soit que le contribuable soit un marchand d'articles de commerce.

L'appelant s'appuie sur une série de décisions pour affirmer que même un bien non aliéné qui fait l'objet d'un projet comportant un risque de caractère commercial peut être un bien figurant dans un inventaire et que, s'il arrivait que sa juste valeur marchande diminue, le contribuable pourrait inscrire cette diminution de valeur non réalisée à titre de perte d'entreprise pour l'année en cause: *Bailey, Weatherhead* et *Van Dongen*, précités, de même que *Skerrett c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1330 (C.C.I.). Je souligne, en passant, que la Cour d'appel fédérale n'a entendu aucun de ces litiges; en fait, le seul arrêt de la Cour d'appel fédérale dans ce domaine du droit est celui qu'elle a rendu en l'espèce. En toute déférence, je choisis de ne pas suivre ce courant de jurisprudence. Je constate qu'en aucun cas le sens du mot «inventaire», au par. 248(1), n'a été correctement situé dans le contexte des principes du bénéfice et de la perte (établis en vertu de l'art. 9 ou des dispositions qui l'ont précédé) analysés

sections thereto) discussed *supra* which I have found to be of crucial importance.

132

For the reasons discussed above, I find the distinction drawn by Rouleau J. in the instant appeal between taxpayers holding one or a few items of inventory (such as the appellant) and those with thousands of items (a retail store) to be instructive. Retail companies do not purchase items and then retain them for years should the market turn against them. Items are generally purchased in bulk and then sold with quick turnaround. To this end, in such a situation it can be safely assumed that there is a relation between the value of the goods claimed to be inventory and the overall income of the taxpayer for the year in question (thus the definition of "inventory" would be met and s. 10(1) would be applicable), even though in each individual case it might be impossible to trace the actual moment when the item in question was sold. It is consequently appropriate to rely upon averaging calculations. Thus, the "cost of sales" formula yields constructive and practical results; on the other hand, in a business with relatively few transactions such as the appellant's, the cost of sales formula "does not reflect the true picture of [the] business' income position" (*per* Rouleau J., at p. 559).

VI. Conclusions and Disposition

133

To summarize, I arrive at the following conclusions:

1. The appellant's initiative is a "business" pursuant to the definition thereof in s. 248(1) of the Act since it amounts to an adventure in the nature of trade.
2. The exception to the realization principle carved out by s. 10(1) and Regulation 1801 is not a method of valuation the benefit of which should accrue to adventurers such as the appellant. Instead, this exception is to permit cost of sale inventory valuations only for dealers in

ci-dessus et que j'ai considérés comme ayant une importance cruciale.

Pour les motifs qui précèdent, je trouve intéressante la distinction que le juge Rouleau a établie, en l'espèce, entre des contribuables qui détiennent un seul ou quelques biens (comme l'appelant) et ceux qui en détiennent des milliers (comme un magasin de détail). Les compagnies de détail ne font pas l'acquisition de biens pour les détenir pendant des années, au cas où le marché leur deviendrait défavorable. Les articles sont généralement achetés en vrac et vendus, d'où une rotation rapide des stocks. À cet égard, dans un tel cas, on peut sans risque supposer qu'il y a un lien entre la valeur des biens inscrits comme figurant dans un inventaire et le revenu global du contribuable pour l'année en question (la définition d'«inventaire» serait ainsi respectée et le par. 10(1) s'appliquerait), même s'il pouvait se révéler impossible de déterminer à quel moment précis l'article en cause a été vendu. Il convient donc de se fonder sur des calculs d'étalement. Ainsi, la formule du «coût des ventes» entraîne des résultats constructifs et pratiques; par contre, dans le cas d'une entreprise, comme celle de l'appelant, qui fait très peu d'opérations, la formule du coût des ventes «ne reflète pas la position véritable de l'entreprise au chapitre du revenu» (le juge Rouleau, à la p. 559).

VI. Conclusions et dispositif

En résumé, j'en arrive aux conclusions suivantes:

1. Le projet de l'appelant est une «entreprise» au sens de la définition qui en est donnée au par. 248(1) de la Loi, étant donné qu'il équivaut à un projet comportant un risque de caractère commercial.
2. L'exception au principe de réalisation dégagée par le par. 10(1) de la Loi et par l'art. 1801 du Règlement n'est pas une méthode d'évaluation qui devrait profiter à des spéculateurs comme l'appelant. Cette exception vise plutôt à permettre exclusivement aux marchands d'articles de commerce de faire des évaluations du coût de vente des biens figurant dans leur inventaire,

stock-in-trade, these persons necessarily being engaged in the "carrying on of a business".

3. The land is not inventory for the taxation years in question under the *Income Tax Act's* definition (s. 248(1)) since it bears no relation whatsoever to the appellant's "business income" for tax purposes in those years. This conclusion is mandated by the principles underlying s. 9. Consequently, the appellant cannot benefit from the application of the valuation system established by s. 10(1).

I would therefore dismiss the appeal with costs. It should, however, be noted that, by rejecting this taxpayer's appeal, this Court is not denying him the right to claim any losses (that are otherwise available) on the Styles Property as business losses. Rather, this Court is simply ensuring that these losses can only be recorded on his 1986 tax return, the only year in which they actually relate to his income.

Finally, with respect to my colleague Major J.'s reasons, I have the following comments. First, I do not dispute that the *Income Tax Act* is based on a system that recognizes only two broad categories of property, inventory or capital property. In my opinion, the analysis I have set out above is not inconsistent with this basic division. I agree that the Styles Property could be viewed as inventory in the year of disposition. In fact, I would note my disagreement with the trial judge and Marceau J.A. about the applicability of the inventory valuation method embodied in s. 10(1) to an adventure in the nature of trade. Section 10(1) applies to a business which includes an adventure in the nature of trade. However, the real question is not whether the Styles Property is inventory, or whether s. 10(1) is applicable, but whether the appellant is entitled to claim the decline in value under s. 9, the defining section on business income. The analysis turns not upon whether the property is inventory, but upon determining the most appropriate method for determining a taxpayer's profit. In the case of an adventurer in the nature of trade, who is not carrying on business, and who has made no disposition,

ces personnes se livrant nécessairement à l'«exploitation d'une entreprise».

3. Le terrain n'est pas, pour les années d'imposition en cause, un bien figurant dans un inventaire, au sens de la définition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (par. 248(1)), étant donné qu'il n'a aucun lien avec le «revenu d'entreprise» de l'appelant pour fins d'impôt durant ces années. Cette conclusion est dictée par les principes qui sous-tendent l'art. 9. Par conséquent, l'appelant ne saurait bénéficier du régime d'évaluation établi par le par. 10(1).

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Il y a lieu, cependant, de souligner que le rejet par notre Cour du pourvoi du contribuable ne signifie pas qu'il ne peut pas déduire les pertes (qui peuvent par ailleurs être déduites) relatives au domaine Styles à titre de pertes d'entreprise. Notre Cour ne fait plutôt que s'assurer que ces pertes ne puissent être inscrites que dans sa déclaration de 1986, la seule année où elles sont réellement liées à son revenu.

Enfin, en ce qui concerne les motifs de mon collègue le juge Major, je tiens à faire les commentaires suivants. Premièrement, je ne conteste pas que la *Loi de l'impôt sur le revenu* repose sur un régime qui ne reconnaît que deux grandes catégories de biens: les biens figurant dans un inventaire et les biens en immobilisation. À mon avis, l'analyse que je viens de faire n'est pas incompatible avec cette division fondamentale. Je conviens que le domaine Styles pourrait être considéré comme un bien figurant dans un inventaire durant l'année de son aliénation. En fait, je soulignerais mon désaccord avec le juge de première instance et le juge Marceau de la Cour d'appel fédérale, quant à la possibilité d'appliquer à un projet comportant un risque de caractère commercial la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire, contenue au par. 10(1). Le paragraphe 10(1) s'applique à une entreprise qui inclut un projet comportant un risque de caractère commercial. Cependant, la véritable question n'est pas de savoir si le domaine Styles est un bien figurant dans un inventaire, ni de savoir si le par. 10(1) s'applique, mais plutôt de savoir si l'appelant a le droit de

134

135

it is not appropriate to determine profit using the inventory valuation method, for the reasons I have outlined above.

136 Second, I have difficulty with my colleague's reasoning with respect to the difference between the phrasing "for the taxation year", and "for a taxation year". Income is determined under the Act each year, and the characterization of property can change from year to year. I fail to understand how property that has received a particular characterization in one year *ipso facto* receives that characterization in another, or all other, years.

137 Third, I disagree with my colleague that the inventory valuation method is an anachronism in this age of computer technology; rather, it is my view that the method is still a vital tool for businesses with significant and complex inventories.

Appeal allowed with costs, GONTHIER and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Thorsteinssons, Vancouver.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

déduire la diminution de valeur en vertu de l'art. 9, la disposition qui définit le revenu d'entreprise. L'analyse porte non pas sur la question de savoir si le bien-fonds est un bien figurant dans un inventaire, mais sur la détermination de la façon la plus adéquate de calculer le bénéfice de l'appelant. Dans le cas d'un spéculateur, qui n'exploite pas une entreprise et qui n'a fait aucune aliénation, il ne convient pas, pour les motifs susmentionnés, de calculer le bénéfice au moyen de la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire.

Deuxièmement, j'ai de la difficulté à accepter le raisonnement de mon collègue, en ce qui concerne la différence entre les formulations «pour l'année d'imposition» et «pour une année d'imposition». Le revenu se détermine chaque année en vertu de la Loi, alors que la qualification d'un bien peut changer d'une année à l'autre. Je ne comprends pas comment un bien qui a été qualifié d'une façon au cours d'une année est, par le fait même, qualifié pareillement pendant une autre année ou toutes les autres années.

Troisièmement, je ne suis pas d'accord avec mon collègue pour dire que la méthode d'évaluation des biens figurant dans un inventaire est un anachronisme à l'époque de l'informatique; j'estime plutôt que cette méthode est un outil indispensable pour les entreprises qui ont des inventaires importants et complexes.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges GONTHIER et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Thorsteinssons, Vancouver.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Ottawa.

Lucien Cleghorn *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CLEGHORN

File No.: 24248.

1995: April 24; 1995: September 21.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Defences — Alibi — Disclosure requirements — Defence weakened if disclosure requirements not met — Third party conversation with police following arrest — Whether alibi witness' conversation clearly indicating alibi — If so, whether curative provisions of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The appellant was convicted of trafficking in cocaine. An undercover officer arrived at the scene of the transaction at 2:18 p.m. The half-minute transaction took place sometime thereafter and was completed not later than 2:25 p.m. The undercover officer identified the individual involved as the appellant, who was then arrested, at about 3:40 p.m. The appellant presented alibi evidence at trial that he was at home with his mother at the time of the alleged transaction. The trial judge considered this evidence to be significantly weakened because of want of formal disclosure of the alibi and noted that this finding may have had a significant effect on the outcome of the trial. A conversation which took place between the accused's mother and the police when she was arranging bail was considered to be inadequate disclosure of the alibi. The mother claimed during this conversation, which focused on determining the time of the arrest, that the accused was with her at 2:30, 3:00 and 3:15 p.m. An appeal to the Court of Appeal was dismissed. The issues here were whether or not the disclosure of the alibi evidence was properly characterized as untimely or insufficient, and if so, whether or not the conviction could nevertheless be upheld pursuant to the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Lucien Cleghorn *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CLEGHORN

N° du greffe: 24248.

1995: 24 avril; 1995: 21 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Alibi — Exigences de communication — Moyen de défense affaibli si les exigences ne sont pas respectées — Conversation entre un tiers et la police après l'arrestation — La conversation avec le témoin de l'alibi révélait-elle clairement l'alibi? — Dans l'affirmative, les dispositions réparatrices du Code criminel s'appliquent-elles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

L'appellant a été déclaré coupable de trafic de cocaïne. Un policier banalisé est arrivé sur les lieux de l'opération à 14 h 18. L'opération, qui a duré une demi-minute, a eu lieu peu après et était terminée à 14 h 25 au plus tard. Le policier banalisé a identifié l'appellant comme étant l'individu qui avait participé à l'opération. Il a été arrêté vers 15 h 40. À titre d'alibi, l'appellant a soumis au procès qu'il était à la maison avec sa mère au moment de la vente alléguée. Le juge du procès a conclu que l'alibi était considérablement affaibli par l'absence de communication formelle et noté que cette conclusion avait pu avoir des conséquences importantes sur l'issue du procès. La conversation entre la mère de l'accusé et la police quand elle prenait des dispositions pour le cautionnement a été considérée être une communication insuffisante de l'alibi. Au cours de cette conversation, qui visait principalement à déterminer le moment de l'arrestation, la mère a soutenu que l'accusé était avec elle à 14 h 30, à 15 h et à 15 h 15. L'appel à la Cour d'appel a été rejeté. La communication de la preuve relative à l'alibi a-t-elle été qualifiée à juste titre de tardive ou d'insuffisante et, dans l'affirmative, la déclaration de culpabilité pouvait-elle néanmoins être maintenue en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*?

Held (Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Gonthier and Iacobucci JJ.: Proper disclosure of an alibi has two components: adequacy and timeliness. The consequence of a failure to disclose an alibi properly is that the trier of fact may draw an adverse inference when weighing the alibi evidence heard at trial. Improper disclosure can only weaken alibi evidence; it cannot exclude it. The rule, which is one of expediency, is intended to guard against surprise alibis fabricated during testimony at trial. It has been adapted to conform to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* norms in that disclosure is proper when it allows the prosecution and police to investigate the alibi evidence before trial. The criteria of timeliness and adequacy are thus evaluated on the basis of whether a meaningful investigation could have been undertaken as a result of disclosure. Neither disclosure at the earliest possible moment, nor disclosure by the accused is necessary. Third party disclosure is sufficient.

The timeliness of the disclosure was not at issue. The statement to the police by the accused's mother was unclear and confused and did not disclose sufficient detail and coherence to enable the police to undertake a meaningful investigation of the evidence supporting the alibi. The key factor to be considered was the time of the commission of the offence in question. The mother's statements to the police focused on the accused's whereabouts at the time of his arrest. The claim that he was with her at 2:30, at 3:00 and at 3:15 (the times the officer recited to her), did not strictly relate to the time of the commission of the offence, which was between 2:18 and 2:24. This fact undermined further the suggestion that this conversation was sufficient to put the police on notice as to the alibi. The assertion that the accused was not present at the location of the crime, when it was committed, is missing from the alibi. The trial judge was entitled to draw a negative inference based on the evidence before him.

Per Sopinka and Major JJ. (dissenting): The requirement that disclosure of an alibi defence be made is one of expediency, not of law. If the police are not given adequate notice to allow for an investigation of the alibi, the trial judge may draw a negative inference given the potential for fabricating alibi evidence. The disclosure requirements have been modified by *Charter* considera-

Arrêt (les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier et Iacobucci: La communication de l'alibi doit réunir deux conditions: elle doit être suffisante et être présentée en temps opportun. L'omission de communiquer correctement un alibi a pour conséquence que le juge des faits peut tirer une conclusion défavorable dans l'appréciation de la preuve d'alibi au procès. La communication insuffisante peut seulement affaiblir la preuve de l'alibi; elle ne peut exclure l'alibi. La règle tient à la commodité et vise à fermer la porte aux alibis-surprises fabriqués à la barre des témoins. Elle a été adaptée en fonction de normes de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de sorte que la communication est suffisante si elle permet à la poursuite et à la police de vérifier la preuve de l'alibi avant le procès. Le caractère suffisant et l'opportunité sont donc évalués au regard de la question de savoir si une vérification utile aurait pu être faite par suite de la communication. Il n'est pas exigé que la communication soit faite le plus tôt possible, ni qu'elle soit faite par l'accusé lui-même. La communication par un tiers suffit.

L'opportunité de la communication n'est pas en litige. La déclaration que la mère de l'accusé a faite à la police était vague et confuse et n'était pas suffisamment détaillée et cohérente pour permettre à la police de faire une véritable vérification de la preuve de l'alibi. Le facteur clé est le moment où l'infraction a été commise. Les déclarations de la mère à la police portaient sur les allées et venues de son fils au moment de son arrestation. La prétention qu'il était avec elle à 14 h 30, à 15 h et à 15 h 15 (les heures que le policier lui a mentionnées) ne se rapporte pas directement au moment où l'infraction a été commise, à savoir entre 14 h 18 et 14 h 24. Ce fait affaiblit davantage la prétention selon laquelle ces propos étaient suffisants pour aviser la police de l'alibi. L'affirmation que l'accusé n'était pas sur les lieux du crime lorsque celui-ci a été commis fait défaut à l'alibi. Le juge du procès pouvait tirer une conclusion défavorable sur le fondement de la preuve soumise.

Le juge Sopinka et le juge Major (dissidents): Le principe suivant lequel la défense d'alibi doit être communiquée tient à la commodité et non au droit. En raison du risque que l'alibi soit fabriqué, le juge du procès peut tirer une conclusion défavorable à cet égard lorsque la défense d'alibi n'est pas communiquée à la police suffisamment tôt pour en permettre la vérification. Les

tions, especially with respect to an accused's right to silence. Disclosure need only be made in sufficient time for the police to be able to investigate. It need not be made at the earliest possible time or in a formal manner. Disclosure may be made by a third party who is a witness to the alibi.

Disclosure of an alibi defence must include: a statement that the accused was not present at location of the crime when it was committed, the whereabouts of the accused at that time and the names of any witnesses to the alibi. Although formal disclosure of an alibi defence, either at a bail hearing, the preliminary hearing or by a letter from defence counsel to the Crown, is preferable where practicable, less formal disclosure may suffice, given the accused's right to silence. In this case, the charge was not sufficiently serious to warrant a preliminary hearing and the appellant was not represented by counsel at the bail hearing.

An overly strict approach to disclosure should not be applied. The mother's conversation with police constituted sufficient disclosure of the alibi defence. It was not so disjointed as to be unintelligible. The officer clearly understood that she was asserting that an arrest at 2:30 p.m. would have been impossible. A reasonable police officer would have assumed that this alibi was worth investigating. The officer, but not the mother, knew at the time of the conversation the exact time of the drug transaction. The evidence at trial indicated that the alibi covered the entire period. Here, the finding that the disclosure of the alibi defence was untimely and insufficient and the drawing of a negative inference such that the alibi defence was "considerably weakened" constituted errors of law.

The conviction cannot be upheld under the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. The outcome of the trial would not necessarily have been the same if the negative inference had not been drawn against the alibi evidence as was explicitly recognized by the trial judge. The alibi defence was the only defence relied

conditions relatives à la communication ont été modifiées en fonction de considérations fondées sur la *Charte*, particulièrement en ce qui concerne le droit de l'accusé de garder le silence. L'alibi doit seulement être signalé assez tôt pour en permettre la vérification par la police. Il n'est pas nécessaire que la communication soit faite le plus tôt possible ou de manière formelle. La communication peut être faite par un tiers qui est témoin de l'alibi.

La communication d'une défense d'alibi doit inclure: une déclaration que l'accusé n'était pas sur les lieux du crime lorsqu'il a été commis, les allées et venues de l'accusé à ce moment-là et le nom de tout témoin de l'alibi. Bien que, dans la mesure du possible, il est préférable de communiquer la défense d'alibi de façon formelle, à l'enquête sur cautionnement, à l'enquête préliminaire ou dans une lettre de la défense au ministère public, une communication moins formelle peut suffire, étant donné le droit de l'accusé de garder le silence. En l'espèce, l'accusation n'était pas suffisamment grave pour justifier une enquête préliminaire et l'appelant n'était pas représenté par un avocat à l'enquête sur cautionnement.

Il n'y a pas lieu d'adopter une conception excessivement stricte quant à la teneur de la communication. La conversation de la mère avec la police constituait une communication suffisante de la défense d'alibi. Elle n'était pas décousue au point d'être inintelligible. Le policier a clairement compris qu'elle affirmait qu'une arrestation à 14 h 30 aurait été impossible. Un policier raisonnable aurait présumé que l'alibi méritait une enquête. Au moment de la conversation, le policier, mais non la mère, connaissait précisément l'heure à laquelle la vente de drogue avait été conclue. Les témoignages au procès ont révélé que l'alibi couvrait toute la période. En l'espèce, la conclusion que la communication de la défense d'alibi était insuffisante et tardive et la conclusion défavorable que la défense d'alibi était «considérablement affaiblie» constituaient des erreurs de droit.

La déclaration de culpabilité ne peut être maintenue sous le régime de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Le verdict n'aurait pas nécessairement été le même sans la conclusion défavorable relative à la preuve de l'alibi, comme l'a explicitement reconnu le juge du procès. L'alibi était le seul moyen de

upon and was clearly relevant to the issue of identification.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *R. v. Letourneau* (1994), 87 C.C.C. (3d) 481; *Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557.

By Major J. (dissenting)

R. v. Mahoney (1979), 50 C.C.C. (2d) 380, aff'd [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184; *R. v. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481; *Taillefer v. R.*, [1989] R.J.Q. 2023; *Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Laverty* (1977), 35 C.C.C. (2d) 151; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Galligan, Patrick T. "Advising an Arrested Client", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1963, Part IV, Representing an Arrested Client and Police Interrogation*. Toronto: Richard De Boo, 1963, 35.

Gooderson, R. N. *Alibi*. London: Heinemann Educational Books Ltd., 1977.

Martin, G. Arthur. "Preliminary Hearings", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1955, Evidence*. Toronto: Richard De Boo, 1955, 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, December 13, 1993, dismissing an appeal from a judgment of Harris Prov. Div. J., November 6, 1990. Appeal dismissed, Sopinka and Major JJ. dissenting.

Matthew Webber and *Lisa Loader*, for the appellant.

Michael R. Dambrot, Q.C., and *Croft Michaelson*, for the respondent.

défense invoqué et il était pertinent à l'égard de l'identification.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. c. Letourneau* (1994), 87 C.C.C. (3d) 481; *Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Mahoney (1979), 50 C.C.C. (2d) 380, conf. par [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. c. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184; *R. c. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481; *Taillefer c. R.*, [1989] R.J.Q. 2023; *Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Laverty* (1977), 35 C.C.C. (2d) 151; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Doctrine citée

Galligan, Patrick T. «Advising an Arrested Client», in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1963, Part IV, Representing an Arrested Client and Police Interrogation*. Toronto: Richard De Boo, 1963, 35.

Gooderson, R. N. *Alibi*. London: Heinemann Educational Books Ltd., 1977.

Martin, G. Arthur. «Preliminary Hearings», in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1955, Evidence*. Toronto: Richard De Boo, 1955, 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, le 13 décembre 1993, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Harris de la Cour provinciale, le 6 novembre 1990. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Matthew Webber et *Lisa Loader*, pour l'appellant.

Michael R. Dambrot, c.r., et *Croft Michaelson*, pour l'intimée.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier and Iacobucci JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — I have read the reasons of my colleague Justice Major and, with respect, I do not arrive at the same conclusion he does. In my view, the trial judge did not err in concluding that there was inadequate disclosure of an alibi. The trial judge reviewed the applicable principles governing disclosure of an alibi and applied them correctly to the facts. His conclusions are supported by the evidence, and as such this Court should not intervene.

Although I agree with the review of the facts stated by my colleague, I must underline one fact, namely, the importance of the time of the commission of the offence. As was noted by the trial judge, the main issue at trial was the whereabouts of the accused between 2:18 and 2:24 p.m. on July 26, 1990. The Crown alleged that at that time the accused was selling \$40 worth of crack cocaine to an undercover officer. The accused countered that he was at home with his mother watching television.

At issue in this appeal is whether the alibi defence raised by the accused at trial was properly disclosed to the Crown. As outlined by my colleague, proper disclosure of an alibi has two components: adequacy and timeliness. This principle was recently reiterated in *R. v. Letourneau* (1994), 87 C.C.C. (3d) 481 (B.C.C.A.), where Cumming J.A. wrote for a unanimous court at p. 532:

It is settled law that disclosure of a defence of alibi should meet two requirements:

- (a) it should be given in sufficient time to permit the authorities to investigate: see *R. v. Mahoney, supra*, at p. 387, and *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 at pp. 62-3 . . . (Ont. C.A.);
- (b) it should be given with sufficient particularity to enable the authorities to meaningfully investigate: see *R. v. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481 at pp. 504-5 . . . (B.C.C.A.).

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier et Iacobucci rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Major et, en toute déférence, je ne peux souscrire à sa conclusion. À mon avis, le juge du procès n'a commis aucune erreur lorsqu'il a conclu que la communication de l'alibi était insuffisante. Le juge du procès a passé en revue les principes qui gouvernent la communication de l'alibi et les a correctement appliqués aux faits. Ses conclusions étant appuyées par la preuve, notre Cour ne devrait pas intervenir.

Bien que j'accepte l'exposé des faits énoncés par mon collègue, je dois en souligner un, à savoir l'importance du moment où l'infraction a été commise. Ainsi que l'a signalé le juge du procès, la principale question en litige au procès porte sur les allées et venues de l'accusé entre 14 h 18 et 14 h 24 le 26 juillet 1990. Le ministère public a allégué qu'à ce moment-là, l'accusé effectuait une vente de 40 \$ de crack à un policier banalisé. L'accusé a rétorqué qu'il se trouvait à la maison avec sa mère en train de regarder la télévision.

En l'espèce, il s'agit de savoir si la défense d'alibi invoquée par l'accusé au procès a été correctement communiquée au ministère public. Comme l'a expliqué mon collègue, pour être correcte, la communication de l'alibi doit réunir deux conditions: elle doit être suffisante et être présentée en temps opportun. Ce principe a récemment été réitéré dans l'arrêt *R. c. Letourneau* (1994), 87 C.C.C. (3d) 481 (C.A.C.-B.), où le juge Cumming a écrit au nom de la cour à l'unanimité, à la p. 532:

[TRADUCTION] Il est établi en droit que la communication de la défense d'alibi doit respecter deux conditions:

- a) elle doit être faite suffisamment tôt pour permettre aux autorités de la vérifier: voir *R. c. Mahoney*, précité, à la p. 387, et *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13, aux pp. 62 et 63 [. . .] (C.A. Ont.);
- b) elle doit être suffisamment précise pour permettre aux autorités de la vérifier de façon utile: voir *R. c. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481, aux pp. 504 et 505 [. . .] (C.A.C.-B.).

Failure to give notice of alibi does not vitiate the defence, although it may result in a lessening of the weight that the trier of fact will accord it

4

As stated above, the consequence of a failure to disclose properly an alibi is that the trier of fact may draw an adverse inference when weighing the alibi evidence heard at trial (*Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28 (S.C.C.), at p. 32). However, improper disclosure can only weaken alibi evidence; it cannot exclude the alibi. My colleague correctly notes that the rule governing disclosure of an alibi is a rule of expediency intended to guard against surprise alibis fabricated in the witness box which the prosecution is almost powerless to challenge. Again as noted by my colleague, the development of the rule since its formulation in *Russell* shows that the rule has been adapted to conform to *Charter* norms. As such, disclosure is proper when it allows the prosecution and police to investigate the alibi evidence before trial. The criteria of timeliness and adequacy are thus evaluated on the basis of whether a meaningful investigation could have been undertaken as a result of disclosure. The flexibility of the standard is demonstrated by the fact that neither disclosure at the earliest possible moment, nor disclosure by the accused himself or herself is required in order for the criteria to be met. Third party disclosure is sufficient. Thus, the fact that Mrs. Foster allegedly made disclosure of the alibi instead of the accused is immaterial. What matters is whether she properly disclosed the alibi to police through her statements to them on July 26, 1990. To the extent that my colleague suggests that the trial judge discredited Mrs. Foster's attempts at disclosure because she was only a witness to the alibi, I must respectfully disagree. I cannot find any holding in the reasons of the trial judge that suggests that the accused's mother was, by being a witness to the alibi, incapable of meeting the criteria for disclosure of an alibi.

Si l'omission de communiquer l'existence d'un alibi n'annule pas la défense, elle risque d'affaiblir la valeur que le juge des faits lui accordera

Ainsi, l'omission de communiquer correctement un alibi a pour conséquence que le juge des faits risque de tirer une conclusion défavorable dans l'appréciation de la preuve d'alibi présentée au procès (*Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28 (C.S.C.), à la p. 32). Cependant la communication insuffisante peut seulement affaiblir la preuve de l'alibi; elle ne peut exclure l'alibi. Mon collègue remarque à juste titre que la règle qui s'applique à la communication de l'alibi tient à la commodité et est destinée à fermer la porte aux alibis-surprises fabriqués à la barre des témoins, que la poursuite est pour ainsi dire incapable de contester. Encore une fois, comme l'a indiqué mon collègue, l'évolution de la règle depuis son élaboration dans l'arrêt *Russell* montre qu'elle a été adaptée afin de la rendre conforme aux normes de la *Charte*. Pour cette raison, la communication sera suffisante si elle permet à la poursuite et à la police de vérifier la preuve de l'alibi avant le procès. Les critères du caractère suffisant et du temps opportun sont donc évalués au regard de la question de savoir si une vérification utile aurait pu être effectuée par suite de la communication. On peut constater la souplesse de la norme dans le fait que les critères n'exigent pas que la communication soit faite le plus tôt possible ni qu'elle soit faite par l'accusé lui-même. La communication par un tiers suffit. Par conséquent, le fait que M^{me} Foster aurait communiqué l'existence de l'alibi à la place de l'accusé est sans importance. Ce qui importe, c'est de savoir si elle a correctement communiqué l'alibi à la police dans les déclarations qu'elle lui a faites le 26 juillet 1990. Dans la mesure où mon collègue estime que le juge du procès a discrédité les tentatives de M^{me} Foster de communiquer l'alibi parce qu'elle n'était qu'un témoin à cet égard, je dois en toute déférence faire part de mon désaccord. Je ne vois aucune conclusion dans les motifs du juge du procès qui indique que la mère de l'accusé était, parce qu'elle était un témoin de l'alibi, incapable de satisfaire aux critères relatifs à la communication d'un alibi.

Turning to the disclosure itself, I must immediately note that the timeliness of the disclosure is not at issue. Statements concerning potential alibis, made shortly after the arrest, are timely (*R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (Ont. C.A.)). The main difficulty with Mrs. Foster's statement to the police is that it is unclear and confused. Was there sufficient detail and coherence in Mrs. Foster's statement to enable the police to undertake a meaningful investigation of the evidence supporting the alibi? With great respect for my colleague, I am of the view that the trial judge did not err in finding that the statement was so disjointed that he could not imagine how her statement could be considered as a disclosure of an alibi, let alone adequate disclosure of an alibi. He characterized her words as a protest and an expression of disbelief at the arrest of her son. The trial judge heard Mrs. Foster repeat her words in the witness box; it was open to him to conclude that the statement was too unintelligible to alert police as to a possible defence of alibi. I cannot conclude that the findings of the trial judge in this regard are unreasonable or unsupported by the record.

As I mentioned earlier, the key factor to consider is the time of the commission of the offence in question. Mrs. Foster's statements about her son's whereabouts concern the time of his arrest. This is understandable, as she probably assumed that the offence for which her son was arrested occurred just before his arrest. She claimed he was with her at 2:30, at 3:00 and at 3:15 (the times the officer recites to her), but this does not strictly relate to the time of the commission of the offence, which was between 2:18 and 2:24. This fact undermines further the suggestion that Mrs. Foster's words to police were sufficient to put them on notice of the fact that the accused was with his mother at the time relevant to the offence. In fact, it was open to the police to believe that Mrs. Foster was telling the truth about her son's whereabouts at 2:30, 3:00 and 3:15, without this causing them

5
En ce qui concerne la communication elle-même, je dois immédiatement faire remarquer que la question de savoir si la communication a été faite en temps opportun n'est pas en litige. Les déclarations qui suivent de peu l'arrestation et qui concernent des alibis éventuels sont faites en temps opportun (*R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Ont.)). La principale difficulté en ce qui concerne la déclaration que M^{me} Foster a faite à la police tient à ce qu'elle est vague et confuse. Était-elle suffisamment détaillée et cohérente pour permettre à la police d'effectuer une véritable vérification de la preuve soumise à l'appui de l'alibi? Avec égards pour mon collègue, je suis d'avis que le juge du procès n'a commis aucune erreur lorsqu'il a conclu que la déclaration était décousue au point qu'il lui était impossible de concevoir comment cette déclaration pourrait être vue comme une communication de l'alibi, encore moins comme une communication suffisante de l'alibi. Il a qualifié les mots de M^{me} Foster de protestation et d'expression d'incrédulité vis-à-vis de l'arrestation de son fils. Le juge du procès a entendu M^{me} Foster répéter ces propos à la barre; il pouvait donc conclure que la déclaration était trop inintelligible pour alerter la police quant à une défense d'alibi possible. Je ne peux considérer que les conclusions du juge du procès à cet égard sont déraisonnables ou qu'elle ne sont pas étayées par le dossier.

6
Ainsi que je l'ai mentionné précédemment, le facteur clé à considérer est le moment où l'infraction en question a été commise. Les déclarations de M^{me} Foster sur les allées et venues de son fils concernent le moment de son arrestation. C'est compréhensible, puisqu'elle a probablement tenu pour acquis que l'infraction relativement à laquelle son fils avait été arrêté est survenue immédiatement avant l'arrestation. Elle a soutenu qu'il était avec elle à 14 h 30, à 15 h et à 15 h 15 (les heures que le policier lui a mentionnées), mais cela ne se rapporte pas directement au moment où l'infraction a été commise, à savoir entre 14 h 18 et 14 h 24. Cette affirmation affaiblit davantage la prétention voulant que les propos de M^{me} Foster à la police étaient suffisants pour les aviser que l'accusé était avec sa mère au moment de l'infraction. En fait, il était loisible à la police de croire que

to think that at 2:18 the accused was not the person selling crack cocaine to an undercover officer. This is especially so since there is evidence in the record of a close proximity between the location of the offence and the residence of the accused. Thus, on the basis of my colleague's assessment of the three pieces of information required in order to disclose an alibi sufficiently, one very important one is missing — an assertion that the accused was not present at the location of the crime, when it was committed. Given this fact, I cannot agree with my colleague that the trial judge erred in drawing a negative inference, as a result of the inadequate disclosure. Moreover, I do not find that the fact that the trial judge believed the evidence of Mrs. Foster concerning her conversation at the police station prevents him from drawing such an inference. The content of her conversation is not at issue; it is whether the words she uttered constituted disclosure. The trial judge concluded they did not, and thus was entitled to draw a negative inference.

7

With this review as to the adequacy of the disclosure of alibi, I turn to the merits of the alibi. It is important to note that once the trial judge concluded that the alibi had not been adequately disclosed, he went on to review the evidence before him concerning the merits of the alibi. He concluded that he did not believe the accused and his mother with respect to the alibi; he noted there were inconsistencies in both the accused's and his mother's testimony. By contrast, he did believe the testimony of the police officers. He found that a reasonable doubt had not been raised with respect to the alibi and that as a result, the defence of alibi failed.

8

Given the trial judge's findings on the merits on the alibi defence, I am not prepared to attribute any weight to his speculative remarks concerning the possible significance the alibi might have had in the event proper disclosure was made. The fact remains that the trial judge was barely convinced that Mrs. Foster's statement was a disclosure at all,

M^{me} Foster disait la vérité sur les allées et venues de son fils à 14 h 30, 15 h et 15 h 15, sans que cela les amène à penser qu'à 14 h 18, l'accusé n'était pas la personne qui vendait du crack à un policier banalisé. D'autant plus que la preuve au dossier indique que le lieu de l'infraction et la résidence de l'accusé sont très près l'un de l'autre. Ainsi, suivant l'évaluation par mon collègue des trois éléments d'information nécessaires à la communication suffisante d'un alibi, un élément fort important fait défaut — l'affirmation que l'accusé n'était pas sur les lieux du crime lorsque celui-ci a été commis. En conséquence, je ne puis convenir avec mon collègue que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a tiré une conclusion défavorable, en raison de l'insuffisance de la communication. En outre, je ne crois pas que le fait que le juge du procès a cru le témoignage de M^{me} Foster concernant sa conversation au poste de police l'empêche de tirer une telle conclusion. Le contenu de la conversation n'est pas en litige; la question est de savoir si les propos qu'elle a tenus constituaient une communication. Le juge du procès ayant conclu que ce n'était pas le cas, il était alors en droit de tirer une conclusion défavorable.

De cette analyse visant à déterminer si la communication d'un alibi était suffisante, je passe maintenant au bien-fondé de l'alibi. Il importe de souligner qu'une fois que le juge du procès a conclu que l'alibi n'avait pas été convenablement communiqué, il a passé en revue la preuve portée à sa connaissance concernant son bien-fondé. Il n'a pas cru l'accusé ni sa mère relativement à l'alibi; il a souligné la présence d'incohérences aussi bien dans le témoignage de l'accusé que dans celui de sa mère. En revanche, il a cru le témoignage des policiers. Il a conclu qu'aucun doute raisonnable n'avait été soulevé relativement à l'alibi et que, pour cette raison, la défense d'alibi échouait.

Étant donné les conclusions du juge du procès sur le bien-fondé de la défense d'alibi, je ne suis pas disposé à prêter quelque valeur à ses remarques, qui relèvent de la conjecture, concernant l'importance qu'aurait pu avoir l'alibi s'il avait été correctement communiqué. Le fait demeure que le juge du procès n'était guère con-

let alone a sufficient one. To my mind, it is difficult to suggest that the trial judge erred in drawing a negative inference because disclosure was inadequate where he had doubts as to whether disclosure had been made at all. It is clear that the trial judge did not think much of the alibi defence to begin with. In summary, upon reading his reasons, I find that he was entitled to draw a negative inference concerning the alibi defence based on the evidence before him. His conclusions are supported by the evidence and should not be interfered with by this Court.

I would dismiss the appeal.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) —

I. Facts

The appellant was convicted in the Ontario Court (Provincial Division) on a charge of trafficking in cocaine and sentenced to four months' imprisonment. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed, *Abella J.A.* dissenting.

The appellant appeals as of right on the points of law raised in *Abella J.A.*'s dissent, i.e., whether the trial judge erred in law by characterizing the disclosure of the appellant's alibi defence as untimely or insufficient and if so, whether the error could be cured by the provisions of s. 686 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

Evidence was lead that on July 26, 1990, at 2:25 p.m., a man sold \$40 worth of crack cocaine to an undercover officer, Constable Norman, in the area of Jane and Woolner Streets in Toronto. That person was wearing a yellow shirt and black pants with an unusual haircut featuring the design of an arrow shaved into the side of his head. Upon the completion of the transaction, he walked north

vaincu que la déclaration de M^{me} Foster constituait même une communication, encore moins une communication suffisante. À mon avis, on peut difficilement prétendre que le juge du procès a commis une erreur en tirant une conclusion défavorable parce que la communication était insuffisante alors qu'il doutait qu'une communication avait effectivement été faite. Il est évident qu'au départ, le juge du procès ne pensait pas grand bien de la défense d'alibi. Bref, à la lecture de ses motifs, je conclus que, sur le fondement de la preuve portée à sa connaissance, il pouvait tirer une conclusion défavorable concernant la défense d'alibi. Ses conclusions sont appuyées par la preuve et ne devraient pas être modifiées par notre Cour.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissent) —

I. Les faits

Déclaré coupable en Cour de l'Ontario (Division provinciale) relativement à une accusation de trafic de cocaïne, l'appelant a été condamné à purger une peine d'emprisonnement de quatre mois. Son appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté, le juge *Abella* étant dissidente.

L'appelant se pourvoit de plein droit, invoquant les questions de droit soulevés dans la dissidence du juge *Abella*, à savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit en qualifiant la communication de la défense d'alibi de l'appelant de tardive ou d'insuffisante et, dans l'affirmative, si l'erreur peut être corrigée par les dispositions de l'art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Suivant la preuve, le 26 juillet 1990 à 14 h 25, un homme a vendu 40 \$ de crack à l'agent Norman, un policier banalisé, dans les environs des rues Jane et Woolner à Toronto. L'homme portait un maillot jaune et des pantalons noirs et ses cheveux, à la coupe inhabituelle, avaient été rasés sur le côté de sa tête en forme de flèche. Une fois l'opération conclue, il a marché en direction nord

9

10

11

12

through a hydro field towards an apartment complex.

13 At 3:40 p.m. Constable Norman saw the appellant, dressed in a brown muscle shirt and blue jeans, coming south through the hydro field from the apartment complex. At a distance of 50 feet, Constable Norman identified the appellant as the man who had sold him cocaine earlier in the day and gave a signal to other undercover officers who arrested the appellant.

14 The appellant presented alibi evidence that he was at home with his mother, Marvelyn Foster, at the time of the alleged sale. Both the appellant and his mother testified that the appellant did not own a yellow shirt or black pants, that the appellant had worn a brown muscle shirt and blue jeans throughout the day in question, and that the appellant had been in the house watching television and writing letters throughout the entire episode of the soap opera "One Life to Live" which ran from 2:00 p.m. to 3:00 p.m. that day.

15 The appellant's mother also testified that when she attended at the police station shortly after the appellant's arrest, she told the officers she was with the appellant at 2:30 p.m. Her trial testimony about this conversation was:

Q. Now did you talk to the police about where Devon [the appellant] was that day?

A. When I went there, there was police officer — a woman officer and another officer. I don't know if she was a police, but she is in plain clothes. And I said: —

"Good evening."

Nobody answer. So, the woman in the plain clothes, she was sitting aside and she was eating something. She come over and she say: —

"Can I help you?"

I say: —

"Yes. I hard [*sic*] that they had my son here. I would like to speak to the officer."

en traversant un champ de lignes d'électricité vers un ensemble d'immeubles d'habitation.

À 15 h 40, l'agent Norman a vu l'appellant, vêtu d'un débardeur brun et d'un jean, qui marchait en direction sud en provenance de l'ensemble d'immeubles d'habitation en traversant le champ de lignes d'électricité. À 50 pieds, l'agent Norman a identifié l'appellant comme étant l'homme qui lui avait vendu la cocaïne plus tôt dans la journée et a fait signe à d'autres policiers banalisés, qui l'ont arrêté.

À titre d'alibi, l'appellant a soumis qu'il était à la maison avec sa mère, Marvelyn Foster, au moment où la vente aurait eu lieu. L'appellant et sa mère ont tous deux témoigné que l'appellant ne possédait ni maillot jaune ni pantalon noir, qu'il avait porté un débardeur brun et un jean toute la journée en question, et qu'il était à la maison où il regardait la télévision et écrivait des lettres pendant tout l'épisode du feuilleton «One Life to Live», c'est-à-dire de 14 h à 15 h, ce jour-là.

La mère de l'appellant a également témoigné que lorsqu'elle s'est présentée au poste de police peu après l'arrestation de son fils, elle a dit aux policiers qu'elle était avec lui à 14 h 30. Voici ce dont elle a témoigné au procès relativement à cette conversation:

[TRADUCTION]

Q. Bon, avez-vous dit à la police où se trouvait Devon [l'appellant] ce jour-là?

R. Lorsque j'y suis allée, il y avait un policier — une femme policier et un autre agent. J'ignore si elle était un policier, mais elle était en civil. Et j'ai dit:

«Bonsoir.»

Personne n'a répondu. Alors la femme en civil, elle était assise à côté et mangeait. Elle est venue et a demandé:

«Est-ce que je peux vous aider?»

J'ai dit: —

«Oui. On m'a dit que mon fils était ici. J'aimerais parler au policier.»

She showed me to a room and I was sitting in the room and he [*sic*] is going to get the officer. The officer come about 10 minutes before he came to talk to me. When he come, he stand over in the corner, like this, and I'm over there. So, he said: —

“Can I help you?”

So, I explained to him and he was telling me that they are arresting him. I say — we were there, talking. I say: —

“What time did you hold him?”

He said: —

“2:30”

I said: —

“No. You couldn't hold him at 2:30. At 2:30, he was there.”

He said: —

“15 minutes after 3:00.”

I said: —

“You can't hold him at 3:00 o'clock. The guy was there watching Santa Barbara with me and he left to mail the letter and then he say he is going to work.”

Q. And when you used the words “you couldn't hold him”, you mean — could you put that in other words? When you say to the police “you couldn't hold him then”, do you mean that you couldn't have —

A. Arrest him at 2:30.

Q. Okay.

A. He had a paper in his hand. Then he put that paper down and I saw him pick up another paper and say: —

“No, it's after 3:00.”

II. Judicial History

A. *Ontario Court (Provincial Division)*

The trial judge accepted the evidence of the appellant's mother with respect to the conversation which occurred between her and the officers at the police station, but he did not agree that this conversation was sufficient to constitute disclosure of an alibi defence:

It is with great respect that I find that the conversation with the mother and whoever she spoke to, whether it be

Elle m'a conduite dans une salle et pendant que j'y étais assise, il (*sic*) est allé chercher le policier. Celui-ci est venu environ 10 minutes avant qu'il vienne me parler. Lorsqu'il est venu, il s'est tenu debout dans un coin, comme ça, et je suis là-bas. Alors, il a dit:

«Est-ce que je peux vous aider?»

Je lui ai donc expliqué et il m'a dit qu'ils l'avaient arrêté. J'ai dit — nous étions là, nous parlions. J'ai dit: —

«À quelle heure l'avez-vous pris?»

Il a répondu:

«À 2 h 30.»

J'ai dit:

«Non. Vous ne pouviez pas le prendre à 2 h 30. À 2 h 30, il était là.»

Il a dit:

«À 3 h 15.»

J'ai dit:

«Vous ne pouvez l'avoir pris à 3 h. Il regardait Santa Barbara avec moi et il a quitté la maison pour poster la lettre et puis il a dit qu'il se rendait au travail.»

Q. Et lorsque vous dites «vous ne pouvez l'avoir pris», vous voulez dire — pourriez-vous le dire autrement? Lorsque vous dites à la police «vous ne pouvez l'avoir pris à ce moment-là», voulez-vous dire que vous ne pouviez pas —

R. L'arrêter à 2 h 30.

Q. D'accord.

R. Il tenait un document dans ses mains. Il l'a déposé et je l'ai vu prendre un autre document et dire:

«Non, c'est après 3 h.

II. Les décisions des instances inférieures

A. *La Cour de l'Ontario (Division provinciale)*

Le juge du procès a admis le témoignage de la mère de l'appelant relativement à la conversation qu'elle a eue avec les policiers au poste de police, mais il a indiqué que cette conversation n'était pas suffisante pour constituer une communication de la défense d'alibi:

[TRADUCTION] C'est en toute déférence que je conclus que l'échange intervenu entre la mère et son interlocu-

one, or more than one police officer, or whether it was someone other than a police officer and whether it be male or female, was so disjointed and so unintelligible and so lacking in follow through and coherence, that I can't, for the life of me, make a finding and refuse to make a finding that this was disclosure of an alibi. I find that the comment, or the conversation, was nothing more than idle, perhaps, conversation, or some type of protest. I questioned what information the mother had with her at that particular time to be able to come up with the finding that she did come up with. In any event, I find that if, in fact, it was meant to be a disclosure of an alibi, it was inappropriate disclosure.

17 The trial judge relied upon comments on the alibi defence contained in a lecture, "Advising an Arrested Client" by Patrick T. Galligan, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1963, Part IV, Representing an Arrested Client and Police Interrogation*, 35. The author suggests (at p. 42) three methods for the disclosure of the defence of alibi: calling the witnesses of the alibi at the preliminary hearing, a statement by defence counsel at the end of the preliminary hearing giving the names, addresses and synopsis of the evidence of the witnesses, or a letter from defence counsel to the Crown Attorney setting out these details. The trial judge also quoted from a lecture, "Preliminary Hearings" by G. Arthur Martin, Q.C., in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1955, Evidence*, 1, at p. 18:

... the Supreme Court of Canada has held in *R. v. Russell*, 67 C.C.C. 28, that where an alibi is not set up at an early stage in the proceedings, the trial judge is entitled to comment on the fact and the alibi is thereby considerably weakened.

18 On the basis of these authorities, the trial judge held that the Crown was not appropriately advised of the defence of alibi, presumably because the alibi was not disclosed in the manner that was suggested by the authorities he relied on. As a result he held that the alibi was considerably weakened. The trial judge noted that the failure to disclose the

teur, qu'il s'agisse d'un ou de plusieurs policiers, d'une personne qui n'était pas un policier ou d'un homme ou d'une femme, était décousu, inintelligible, illogique et incohérent au point que je ne peux absolument pas tirer une conclusion et je refuse de conclure qu'il s'agissait d'une communication d'alibi. À mon avis, le commentaire, ou la conversation, n'était rien de plus qu'une conversation futile, peut-être une forme quelconque de protestation. Je me demande quelle information la mère avait en sa possession à ce moment précis pour être en mesure d'en venir à la conclusion à laquelle elle est arrivée. Quoi qu'il en soit, je conclus que si, en fait, cela devait être une communication d'alibi, c'était une communication insuffisante.

Le juge du procès s'est fondé sur des commentaires faits relativement à la défense d'alibi lors d'une conférence intitulée «Advising an Arrested Client» par Patrick T. Galligan, dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1963, Part IV, Representing an Arrested Client and Police Interrogation*, 35. L'auteur propose (à la p. 42) trois façons de communiquer la défense d'alibi: faire déposer les témoins de l'alibi à l'enquête préliminaire, soumettre à la fin de l'enquête préliminaire une déclaration de l'avocat de la défense qui précise les noms et adresses des témoins et le résumé de leur témoignage, ou adresser au substitut du procureur général une lettre contenant ces détails. Le juge du procès a également cité un extrait d'une conférence intitulée «Preliminary Hearings» par G. Arthur Martin, c.r., dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1955, Evidence*, 1, à la p. 18:

[TRADUCTION] ... la Cour suprême du Canada a conclu dans *R. c. Russell* 67 C.C.C. 28, que lorsqu'il n'est pas fait mention de l'alibi à une étape initiale des procédures, le juge du procès a le droit de commenter ce fait, et l'alibi est par conséquent considérablement affaibli.

Se fondant sur cette doctrine, le juge du procès a conclu que le ministère public n'avait pas été suffisamment informé de la défense d'alibi, probablement parce que l'existence de l'alibi n'a pas été communiquée de la manière proposée par les auteurs qu'il a invoqués. Il a pour cette raison conclu que l'alibi était considérablement affaibli. Le juge du procès a signalé que l'omission de communiquer l'alibi de la façon qu'il estimait appropriée

alibi the way he thought proper may have had a significant effect on the outcome of the trial:

I find as a fact that the Crown was never appropriately advised that the defence of alibi would be put forward in this trial and I find — unless someone can persuade me otherwise — that the first that the Crown realized — by “the Crown”, I’m referring to the office of the Crown — that an alibi would be put forward was today during the course of the trial. Accordingly, I must take the position that the alibi is considerably weak. It might have been significant if the Crown was appropriately advised of the alibi: of what would be said at the trial; of what witnesses might be of some assistance; the names and addresses of witness, or witnesses who might be able to support the alibi so that the Crown — and upon instructions from the Crown, the police could investigate the alibi. That may very well have been of significant assistance to the accused, I don’t know.

Following these cases that I have referred to and these various authorities that I have referred to, be they cases or articles or lectures that were given, the alibi is, of course, considerably weakened. In relation to the alibi, I accept the evidence of the Crown witnesses and reject the evidence of the accused and the defence witnesses.

B. *Ontario Court of Appeal*

The endorsement reads:

In light of the strength of the identification evidence and the fact that the trial judge did weigh the alibi defence, we don’t think that the adverse inference that he drew from the non-disclosure could have effected [*sic*] the outcome of the case. We would therefore dismiss the appeal. (Arbour J.A. and Austin J.A.)

Abella J.A. would have set aside the conviction on the ground that the trial judge erred in his characterization of the alibi evidence as untimely or insufficient and that this error could not be cured by the proviso.

III. Issues

1. Did the trial judge err in his characterization of the disclosure of the alibi evidence as untimely or insufficient?

a pu avoir des conséquences importantes sur l’issue du procès:

[TRADUCTION] Je tiens pour avéré que le ministère public n’a jamais été convenablement avisé que la défense d’alibi serait soulevée dans ce procès et je conclus — à moins que l’on puisse me convaincre du contraire — que ce n’est qu’au cours du procès que le ministère public — par «ministère public», j’entends le bureau du ministère public — a pour la première fois pris conscience qu’un alibi serait soumis aujourd’hui. Aussi suis-je tenu de conclure que l’alibi est très faible. Il aurait pu jouer un rôle important si le ministère public en avait été avisé convenablement: de ce qui serait dit au procès; des témoins qui pourraient être utiles; du nom et de l’adresse du ou des témoins qui pourraient étayer l’alibi, de façon à ce que le ministère public — et sur les directives du ministère public, la police, puisse vérifier l’alibi. Cela aurait pu aider grandement l’accusé. Je ne sais pas.

Suivant les causes auxquelles j’ai renvoyées et la doctrine que j’ai invoquée, qu’il s’agisse d’affaires, d’articles ou de conférences, l’alibi est évidemment considérablement affaibli. Relativement à l’alibi, j’admets le témoignage des témoins à charge et j’écarte celui de l’accusé et des témoins appelés à sa décharge.

B. *La Cour d’appel de l’Ontario*

Le jugement manuscrit se lit comme suit:

[TRADUCTION] Compte tenu de la force de la preuve d’identification et du fait que le juge du procès a bel et bien soupesé la défense d’alibi, nous ne croyons pas que la conclusion défavorable qu’il a tirée de l’omission de communiquer l’alibi puisse avoir changé l’issue de l’affaire. Nous sommes donc d’avis de rejeter l’appel. (Les juges Arbour et Austin.)

Le juge Abella est d’avis d’infirmier la déclaration de culpabilité pour le motif que le juge du procès a commis une erreur en qualifiant la défense d’alibi de tardive ou d’insuffisante, et que cette erreur ne peut être corrigée par la disposition réparatrice.

III. Questions en litige

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en qualifiant la communication de la preuve relative à l’alibi de tardive ou d’insuffisante?

2. If the trial judge erred in his characterization of the disclosure of the alibi evidence, can the conviction nevertheless be upheld pursuant to the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

IV. Analysis

20 The governing principle on alibi evidence is that a failure to disclose an alibi at a sufficiently early time to permit it to be investigated by the police is a factor which may be considered in determining the weight to be given to it: see *R. v. Mahoney* (1979), 50 C.C.C. (2d) 380 (Ont. C.A.), aff'd [1982] 1 S.C.R. 834, *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.), *R. v. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184 (Ont. C.A.), *R. v. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481 (B.C.C.A.), *Taillefer v. R.*, [1989] R.J.Q. 2023 (Que. C.A.).

21 The principle that an alibi defence ought to be disclosed to the Crown prior to trial has a long history in the common law. Hudson J., writing for this Court in *Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28, at p. 32, held that it was a rule of expediency and not of law that an alibi should be set up at "the earliest possible moment" and that failure to do so could affect the weight to be given to the alibi evidence:

Apparently the Judge was quoting from Crankshaw, at p. 1103, where it is stated:—"The defence of an alibi ought to be set up at the earliest possible moment and ought to include a statement of where the defendant was at the time of the taking place of the alleged offence."

This is not a statement of any rule of law but rather a statement of a rule of expediency in advancing the defence of an alibi and a test that may well be applied by a jury in weighing the evidence.

22 The principal reason for drawing an adverse inference against alibi evidence in the absence of adequate notice to the Crown is because such evidence can readily be fabricated. This potential

2. Si le juge du procès a commis une erreur dans sa façon de qualifier la communication de la preuve de l'alibi, la déclaration de culpabilité peut-elle néanmoins être maintenue grâce aux dispositions du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*?

IV. Analyse

Le principe directeur en matière de preuve de l'alibi est le suivant: l'omission de la communiquer suffisamment tôt pour en permettre la vérification par la police est un facteur dont on peut tenir compte pour déterminer sa valeur probante: voir *R. c. Mahoney* (1979), 50 C.C.C. (2d) 380 (C.A. Ont.), conf. par [1982] 1 R.C.S. 834, *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.), *R. c. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184 (C.A. Ont.), *R. c. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481 (C.A.C.-B.), *Taillefer c. R.*, [1989] R.J.Q. 2023 (C.A. Qué.).

Le principe suivant lequel la défense d'alibi doit être communiquée au ministère public avant le procès est très ancien en common law. Le juge Hudson, s'exprimant au nom de notre Cour dans l'arrêt *Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28, à la p. 32, a conclu que c'est en vertu d'une règle de commodité et non de droit qu'un alibi doit être soumis «le plus tôt possible» et que l'omission de le faire peut influencer sur la valeur qu'on lui prêtera:

[TRADUCTION] Apparemment, le juge citait Crankshaw, à la p. 1103, où il est écrit: — «La défense d'alibi doit être soumise le plus tôt possible et doit préciser le lieu où le défendeur se trouvait au moment où l'infraction aurait été commise.»

Il ne s'agit pas là de la formulation d'une règle de droit mais plutôt d'une règle de commodité qui s'applique quant à la communication d'une défense d'alibi et d'un facteur dont le jury peut tenir compte dans l'appréciation de la preuve.

La principale raison pour laquelle on tire une conclusion défavorable contre la preuve de l'alibi en l'absence d'avis suffisant au ministère public est que cette preuve peut facilement être fabriquée. Ce risque potentiel pour ce qui est de la preuve relative à l'alibi est analysé par R. N. Gooderson

problem with alibi evidence is discussed by R. N. Gooderson in his text *Alibi* (1977), at pp. 29-30:

It must be conceded that there is good reason to look at alibi evidence with care. It is a defence entirely divorced from the main factual issue surrounding the *corpus delicti*, as it rests upon extraneous facts, not arising from the *res gestae*. The essential facts of the alleged crime may well be to a large extent incontrovertible, leaving but limited room for manoeuvre whether the defendant be innocent or guilty. Alibi evidence, by its very nature, takes the focus right away from the area of the main facts, and gives the defence a fresh and untrammelled start. It is easy to prepare perjured evidence to support it in advance.

The potential for the fabrication of alibi evidence requires that a negative inference may be drawn against such evidence where the alibi defence is not disclosed in sufficient time to permit investigation. Nevertheless, it must be remembered that the requirement that an alibi defence be disclosed to the Crown prior to trial is an exception to the accused's right of silence: see *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 578, *per* Lamer C.J., *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at p. 516, *per* Iacobucci J. Cory J. held in *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at p. 1316, the right of an accused to pre-trial silence is basic tenet of our legal system which falls within the ambit of s. 7 of the *Charter*:

The importance of the principle was emphasized by Martin J.A. in *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at p. 227:

It is fundamental that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right.

Further the right to silence has now been recognized as a basic tenet of our legal system and as such is a right protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a basic tenet of our law it falls within the ambit of s. 7 of the *Charter*. See *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), and particularly *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. It follows that an accused

dans son ouvrage intitulé *Alibi* (1977), aux pp. 29 et 30:

[TRADUCTION] Il faut reconnaître qu'il y a une bonne raison de traiter la preuve de l'alibi avec prudence. C'est une défense totalement distincte de la question factuelle principale qui entoure le *corpus delicti* puisqu'elle repose sur des faits extérieurs qui ne procèdent pas de la *res gestae*. Les faits essentiels du crime présumé peuvent fort bien, dans une large mesure, être incontestables, ne laissant qu'une faible marge de manoeuvre quant à savoir si le défendeur est innocent ou coupable. La preuve d'un alibi, de par sa nature même, déplace complètement le débat des faits principaux pour offrir à la défense un nouveau départ sans entraves. Il est facile de fabriquer à l'avance un faux témoignage pour l'étayer.

En raison du risque que la preuve de l'alibi soit fabriquée, il faut pouvoir tirer une conclusion défavorable à cet égard lorsque la défense d'alibi n'est pas communiquée suffisamment tôt pour en permettre la vérification. Il faut néanmoins se rappeler que l'exigence de communiquer la défense d'alibi au ministère public avant le procès est une exception au droit de l'accusé de garder le silence: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555 à la p. 578, le juge en chef Lamer, *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 516, le juge Iacobucci. Dans *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, à la p. 1316, le juge Cory a conclu que le droit d'un accusé de garder le silence avant le procès est un principe fondamental de notre système juridique qui relève de l'art. 7 de la *Charte*:

L'importance de ce principe a été soulignée par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), à la p. 227:

[TRADUCTION] Il est fondamental qu'une personne accusée d'une infraction criminelle ait le droit de garder le silence et un jury n'a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé parce qu'il a choisi d'exercer ce droit.

De plus, le droit de garder le silence est maintenant reconnu comme un principe fondamental de notre système juridique et il bénéficie à ce titre de la protection de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En tant que principe fondamental de notre droit, il relève de l'art. 7 de la *Charte*. Voir *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), et particulièrement l'arrêt

person has the right to remain silent at the investigation stage as well as at the trial.

24

Respect for the accused's right to silence in the investigation stage has mandated some changes to the rule on the disclosure of an alibi from its original formulation by this Court in *Russell, supra*. As noted at the outset of this analysis, the appropriate requirement now is that the disclosure of the alibi is made sufficiently early to permit investigation by the police and not that it is made at the earliest possible moment nor that it is made in a particular way.

25

It is no longer permissible to draw a negative inference against alibi evidence on the grounds that the accused did not disclose that alibi immediately upon arrest, nor to draw an inference that an innocent person would have made such immediate disclosure. In *Parrington, supra*, at pp. 187-88, Cory J.A. (as he then was) held that cross-examination of the accused by the Crown on the failure to disclose alibi evidence immediately upon arrest in order to establish his innocence was quite improper. LeBel J.A., writing for the Quebec Court of Appeal, chose the same approach in *Taillefer, supra*, at p. 2039:

[TRANSLATION] More recently, in *R. v. Parrington* cited earlier, Cory J.A. stated the following concerning this problem:

The governing principle is that a failure to disclose an alibi at a sufficiently early time to permit it to be investigated by the police is a factor to be considered in determining the weight to be given to the alibi evidence . . . Where, as in this case, there is adequate time for investigation then the time of disclosure is no longer a factor for consideration and no reference should be made to it in the charge to the jury. Those two grounds are sufficient in themselves to require a new trial.

As stated by Cory J.A., where an alibi is raised sufficiently early to permit it to be investigated, questions on this point should not be authorized or tolerated by the judge, any more than comments by the Crown in oral

R. c. Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151. Il s'ensuit qu'un inculpé a le droit de garder le silence aussi bien au stade de l'enquête qu'au procès.

Le respect du droit de l'accusé de garder le silence au stade de l'enquête a nécessité certains changements à la règle relative à la communication d'un alibi, formulée pour la première fois par notre Cour dans *Russell*, précité. Ainsi que je l'ai signalé au début de mon analyse, il convient aujourd'hui d'exiger que l'alibi soit signalé suffisamment tôt pour en permettre la vérification par la police et non pas qu'il soit communiqué le plus tôt possible ou que cette communication revête une forme particulière.

Il n'est plus possible de tirer une conclusion défavorable à l'égard de la preuve d'alibi pour le motif que l'accusé ne l'a pas communiquée dès son arrestation, ni de conclure qu'une personne innocente l'aurait communiquée immédiatement. Dans *Parrington*, précité, (aux pp. 187 et 188), le juge Cory de la Cour d'appel (maintenant juge de notre Cour) a conclu que le contre-interrogatoire de l'accusé mené par le ministère public relativement à l'omission de communiquer la preuve de l'alibi dès son arrestation pour établir son innocence était tout à fait irrégulier. Le juge LeBel, au nom de la Cour d'appel du Québec, a adopté la même position dans l'arrêt *Taillefer*, précité, à la p. 2039:

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Parrington* cité plus haut, M. le juge Cory commentait le même problème en ces termes:

[TRADUCTION] Le principe directeur est que l'omission de communiquer un alibi suffisamment tôt pour en permettre la vérification par la police est un facteur à prendre en compte pour déterminer la valeur probante de la preuve de l'alibi [. . .]. Lorsque, comme en l'espèce, il y a suffisamment de temps pour permettre une vérification, alors le moment de la communication n'est plus un facteur et aucune mention ne devrait en être faite dans l'exposé au jury. Ces deux motifs sont suffisants en eux-mêmes pour commander la tenue d'un nouveau procès.

D'après ces remarques de M. le juge Cory, lorsque l'alibi est soulevé en temps suffisant pour permettre sa vérification, les questions sur ce point ne devraient pas être autorisées ou tolérées par le juge non plus que les

argument. They might violate the accused's rights to silence.

The respondent argued that an alibi must be disclosed by the accused and that disclosure by third party is insufficient, even if that third party is the witness to the alibi. I disagree. It is another principle which arises from the right to silence at the investigative stage that disclosure of the alibi need not be made by the accused but may also be made by a third party who is a witness to the alibi.

This latter principle is also a matter of common sense. For instance, if an accused were in an unconscious state at the time that the crime was committed, or for some other reason had no recollection of where he was at that time, there is no reason that his alibi should be given less weight merely because it is disclosed and supported by the evidence of third parties rather than by the accused himself.

In *Mahoney, supra*, the accused was charged with murder. At trial he led evidence in support of an alibi defence that he had been at another house with a man called Weedmark at the time that the murder was committed. The accused did not notify the police of Weedmark at the time of the arrest nor did he bring him to the attention of the police. However, Weedmark notified police that the accused had been with him on the night prior to the murder and the Crown called Weedmark as a witness in order to establish when the accused had left Weedmark's residence. The trial judge instructed the jury that the failure of the accused to notify the police of the fact that he had been with Weedmark on the night before the murder might be taken into account in determining the weight to be given to the accused's alibi. The Ontario Court of Appeal disapproved of this instruction to the jury and Brooke J.A., writing for the court, commented at p. 387:

In such circumstances, where the witness called by the Crown was available to it at such an early moment, the appellant's alibi has been disclosed in time to afford the police a very adequate opportunity to test it.

commentaires en plaidoirie par la Couronne. Elles comporteraient potentiellement une violation du droit au silence de l'accusé.

L'intimée soutient que la communication de l'alibi doit être le fait de l'accusé et que la communication par un tiers est insuffisante, même si ce tiers est témoin de l'alibi. Je ne suis pas d'accord. Le droit de garder le silence à l'étape de l'enquête fonde un second principe, à savoir que la communication de l'alibi ne doit pas nécessairement être le fait de l'accusé, mais peut également être faite par un tiers qui peut témoigner relativement à cet alibi.

Ce dernier principe relève également du bon sens. Par exemple, si un accusé était inconscient au moment où le crime a été commis ou si, pour quelque autre raison, il ne se souvient pas de l'endroit où il se trouvait à ce moment-là, il n'y a aucune raison pour que son alibi ait moins de poids simplement parce qu'il est communiqué et étayé par le témoignage de tierces personnes plutôt que par l'accusé lui-même.

Dans *Mahoney*, précité, l'accusé était inculpé de meurtre. Au procès, il a présenté une preuve à l'appui de sa défense d'alibi portant qu'il se trouvait dans une autre maison avec un homme nommé Weedmark au moment où le meurtre a été commis. L'accusé n'a pas avisé la police de l'existence de Weedmark au moment où il a été arrêté, ni ne l'a-t-il porté à l'attention de la police. Toutefois, Weedmark a informé la police que l'accusé était avec lui la nuit précédant le meurtre, et le ministère public a appelé Weedmark à témoigner pour établir à quel moment l'accusé avait quitté la résidence de Weedmark. Le juge du procès a informé le jury qu'il pouvait tenir compte de l'omission de l'accusé d'aviser la police qu'il se trouvait avec Weedmark la nuit précédant le meurtre pour déterminer la valeur qu'il accorderait à l'alibi de l'accusé. La Cour d'appel de l'Ontario a désapprouvé cette directive au jury et le juge Brooke, s'exprimant pour la cour, a commenté, à la p. 387:

[TRADUCTION] Dans de telles circonstances, où le ministère public a été en mesure d'interroger le témoin aussi tôt, l'alibi de l'appelant a été soulevé suffisamment tôt pour permettre amplement à la police de le vérifier.

26

27

28

The jury could only take from the charge that the failure to disclose the fact that he had been with Weedmark might be taken into consideration in determining the weight to be given to the appellant's alibi. That alibi depended upon Weedmark's testimony. The fact that the accused said nothing of Weedmark at the time of his arrest was of no significance in judging Weedmark's evidence

Mahoney stands as authority for the proposition that no negative inference may be drawn against alibi evidence simply because the police became aware of that evidence from the witness to the alibi rather than from the accused person.

29 Applying these principles to the case at bar, I find that sufficient disclosure of an alibi defence was made by the appellant's mother, Marvelyn Foster, when she appeared at the police station in order to bail out her son.

30 The full description of that conversation from the testimony of Mrs. Foster is set out in the facts above. Although the trial judge accepted the truth of Mrs. Foster's testimony about this conversation, he held that it was too disjointed and unintelligible to constitute disclosure of an alibi. After consideration of the formal methods for disclosure of an alibi recommended to defence counsel in the 1963 lecture by Patrick Galligan (as he then was), the trial judge held that the disclosure of an alibi in an informal manner by the principal witness to the alibi was insufficient. In my opinion, the trial judge erred on both of these points.

31 I respectfully disagree that the conversation recalled by Mrs. Foster at the trial was so disjointed as to be unintelligible. Although it is clear that she may have had some difficulty expressing herself lucidly in English in court, three important points are made in her testimony. First, Mrs. Foster specifically requested to speak to the officer in charge of her son's case and subsequently spoke to the officer produced to her. Second, when the officer produced to her suggested that the arrest

Le jury ne pouvait que conclure de l'exposé que, pour déterminer le poids à donner à l'alibi de l'appelant, il pouvait tenir compte de l'omission par ce dernier de signaler qu'il était avec Weedmark. Cet alibi dépendait du témoignage de Weedmark. Le fait que l'accusé n'a rien dit sur Weedmark au moment de son arrestation n'a aucune importance relativement au témoignage de Weedmark

C'est l'arrêt *Mahoney* qui permet de dire qu'aucune conclusion défavorable ne peut être tirée à l'égard de la preuve de l'alibi pour la simple raison que la police a pris connaissance de cette preuve grâce au témoin de l'alibi plutôt qu'à l'accusé lui-même.

Si j'applique ces principes à la présente affaire, je conclus que la mère de l'appelant, Marvelyn Foster, a communiqué la défense d'alibi de façon suffisante lorsqu'elle s'est rendue au poste de police pour se porter garante pour son fils afin qu'il soit libéré.

La transcription intégrale de cette conversation, rapportée dans le témoignage de M^{me} Foster, est reproduite précédemment dans les faits. Bien que le juge du procès ait admis la véracité du témoignage de M^{me} Foster relativement à cette conversation, il a conclu que celle-ci était trop décousue et inintelligible pour constituer une communication d'alibi. Après avoir considéré les méthodes formelles de communication d'un alibi recommandées aux avocats de la défense dans une conférence donnée par Patrick Galligan (maintenant juge de la Cour d'appel) en 1963, le juge du procès a conclu que la communication informelle d'un alibi par le témoin principal de l'alibi était insuffisante. À mon avis, le juge du procès a commis une erreur sur ces deux points.

En toute déférence, je ne peux convenir que la conversation rapportée par M^{me} Foster au procès était décousue au point d'être inintelligible. Si, certes, elle a pu avoir quelque difficulté à s'exprimer avec lucidité en anglais devant la cour, trois points importants sont établis dans son témoignage. Premièrement, Mme Foster a expressément demandé à parler au policier chargé du dossier de son fils et a subséquemment discuté avec le policier qui lui a été présenté. Deuxièmement, lorsquo

had occurred at 2:30 p.m., she stated that this was not possible. She stated that the appellant had been with her at that time: "No. You couldn't hold him at 2:30. At 2:30, he was there." Third, the officer clearly understood that the appellant's mother was asserting that an arrest at 2:30 p.m. would have been impossible because he proceeded to suggest later times, until she was finally satisfied by his answer that the arrest took place after 3:00 p.m.

The disclosure of an alibi should be given with sufficient particularity to enable the authorities to meaningfully investigate: see *Ford, supra*, at p. 505. In my opinion, three pieces of information are necessary for sufficient disclosure of an alibi defence: a statement that the accused was not present at location of the crime when it was committed, the whereabouts of the accused at that time and the names of any witnesses to the alibi: see *Mahoney, supra*, and also *R. v. Laverty* (1977), 35 C.C.C. (2d) 151 (Ont. C.A.). The appellant's mother gave the police all of this critical information: the appellant could not have been present at 2:30 p.m., the appellant was at home watching television with his mother at that time, and she was the witness. Therefore, in my opinion, the discussion which the appellant's mother had with the police officer constituted sufficient disclosure of an alibi defence under the circumstances.

My colleague, Justice Iacobucci, accepts the argument of the respondent that the disclosure of the alibi by the appellant's mother was insufficient because the alleged offence took place minutes earlier than the time covered by her disclosure. With respect I cannot agree with this overly strict approach to the contents of disclosure. The record indicates that although the officer arrived at the scene at 2:18, the drug transaction did not occur until 2:25 and lasted for only half a minute:

Q. Okay. And your transaction, you said, took place in almost half a minute?

A. That's correct.

le policier qu'on lui a présenté a indiqué que l'arrestation avait eu lieu à 14 h 30, elle a indiqué que cela était impossible. Elle a déclaré que l'appelant était avec elle à ce moment-là: «Non. Vous ne pouviez pas le prendre à 2 h 30. À 2 h 30, il était là.» Troisièmement, le policier a clairement compris que la mère de l'appelant affirmait qu'une arrestation à 14 h 30 aurait été impossible puisqu'il s'est mis à suggérer d'autres heures, celles-là plus tardives, jusqu'à ce qu'elle soit finalement convaincue par sa réponse que l'arrestation était survenue après 15 h.

L'alibi doit être assorti de suffisamment de précisions pour que les autorités puissent véritablement le vérifier: voir *Ford, précité*, à la p. 505. À mon avis, trois éléments d'information sont nécessaires pour que la communication d'une défense d'alibi soit suffisante: une déclaration que l'accusé n'était pas sur les lieux du crime lorsque celui-ci a été commis, les allées et venues de l'accusé à ce moment-là et le nom de tout témoin de l'alibi: voir *Mahoney, précité, R. c. Laverty* (1977), 35 C.C.C. (2d) 151 (C.A. Ont.). La mère de l'appelant a donné à la police tous ces renseignements primordiaux: l'appelant ne pouvait être présent à 14 h 30, l'appelant se trouvait à la maison où il regardait la télévision avec sa mère à ce moment-là, et elle était le témoin. Par conséquent, à mon avis, la discussion que la mère de l'appelant a eue avec le policier constituait une communication suffisante de la défense d'alibi dans les circonstances.

Mon collègue le juge Iacobucci accepte l'argument de l'intimée portant que la communication de l'alibi par la mère de l'appelant était insuffisante parce que l'infraction aurait été commise dans les minutes qui ont précédé la période visée dans sa communication. En toute déférence, je ne puis adhérer à cette conception excessivement stricte quant à la teneur de la communication. Le dossier révèle que le policier est arrivé sur les lieux à 14 h 18 et que l'opération de drogue a été conclue à 14 h 25 et a duré 30 secondes:

[TRADUCTION] Q. Bien. Et vous avez dit que l'opération a duré près de 30 secondes?

R. C'est exact.

32

33

Q. And it was at what time? What time did it happen?

A. I arrived in the area at 2:18 p.m. I was walking north-bound on Jane Street. It would have been approximately 2:25, 2:25 — in between there sometime.

Q. Et quelle heure était-il? À quelle heure a-t-elle été conclue?

R. Je suis arrivé dans le secteur à 2 h 18. Je marchais en direction nord dans la rue Jane. Il devait être environ 2 h 25, 2 h 25 — aux environs de cette heure-là.

34

In the conversation which the officer in charge had with the appellant's mother subsequent to the appellant's arrest, that officer suggested a number of times to the appellant's mother, one of which was 2:30. The mother clearly indicated that she was with the appellant at that time. When the alibi was disclosed, the officer, but not the mother, knew the precise time of the alleged offence. Given that the mother did not know what time the alleged offence had been committed, it is not surprising that the mother did not pinpoint the time of the alibi to the nearest minute. In my opinion, a reasonable police officer would have assumed that an alibi at the appellant's mother's house at 2:30 was worth investigating for a crime alleged to have been committed in a field at 2:25. At the time of the disclosure, the police did not have any information as to the distance between the appellant's house and the location of the drug transaction. The police could have ascertained whether the alibi disclosed for 2:30 also applied at 2:25. It should be noted that the evidence of the appellant and the mother at trial indicated that the alibi covered the entire period from 2:00 until after 3:00.

Au cours d'une conversation avec la mère de l'appelant après l'arrestation de ce dernier, le policier responsable a suggéré plusieurs heures à la mère de l'appelant, dont 14 h 30. La mère a clairement indiqué qu'elle était alors avec l'appelant. Quand l'alibi a été communiqué, le policier, mais non la mère, connaissait le moment précis où l'infraction aurait été commise. Étant donné qu'elle ignorait à quelle heure la prétendue infraction avait été commise, il n'est guère surprenant que la mère n'ait pas précisé l'heure de l'alibi à la minute près. À mon avis, un policier raisonnable aurait présumé que l'alibi qui plaçait l'appelant à la résidence de sa mère à 14 h 30 méritait de faire l'objet d'une enquête relativement à un crime qui, alléguait-on, avait été commis dans un champ à 14 h 25. Au moment de la communication, la police ne possédait aucun renseignement quant à la distance qui sépare la résidence de l'appelant de l'endroit où l'opération de drogue a été conclue. La police aurait pu vérifier si l'alibi donné pour 14 h 30 s'appliquait également à 14 h 25. Il y a lieu de signaler que les témoignages de l'appelant et de la mère au procès ont révélé que l'alibi couvrait toute la période de 14 h jusqu'après 15 h.

35

The more formal disclosure of an alibi defence either at the preliminary hearing or by a letter from defence counsel to the Crown as suggested in the lecture referred to by the trial judge is preferable where practicable. Nevertheless, each case must be evaluated on its own facts and in some cases a less formal manner of disclosure may suffice, particularly when appropriate consideration is given to the accused's right to silence. In this case, the charge was not sufficiently serious to warrant a preliminary hearing and the appellant was not represented by counsel at the bail hearing, which

Dans la mesure du possible, il est préférable de communiquer la défense d'alibi de façon plus formelle, soit à l'enquête préliminaire ou dans une lettre que l'avocat de la défense adresse au ministre public comme on a recommandé de le faire dans la conférence invoquée par le juge du procès. Néanmoins, chaque cas doit être jugé d'après ses propres faits et, dans certains cas, une communication moins formelle de la défense peut suffire, particulièrement lorsque l'on considère à sa juste valeur le droit de l'accusé de garder le silence. En l'espèce, l'accusation n'était pas suffisamment grave pour justifier la tenue d'une enquête préliminaire et l'appelant n'était pas représenté par un

would have been another appropriate time for formal disclosure of the alibi defence.

Finally, it should be remembered that the drawing of a negative inference against alibi evidence is not a rule of law but a rule of expediency (*Russell, supra*) designed to protect against perjured testimony. Alibi evidence is not automatically “considerably weakened” by the failure to formally disclose the defence. As stated by Martin J.A. in *Dunbar and Logan, supra*, at p. 62:

The governing principle is that a failure to disclose an alibi at a sufficiently early time to permit it to be investigated by the police is a factor to be considered in determining the weight to be given to the alibi evidence . . . [Emphasis added.]

Thus, a judge must determine whether, in all the circumstances of the case, the untimeliness or insufficiency of the disclosure suggests that a negative inference should be drawn against the testimony.

In this case, the main witness to the alibi disclosed the alibi to the police within a few hours of the arrest and before she had an opportunity to discuss the matter with the appellant. Moreover, the content of the alibi, (that the appellant had been at home watching television with his mother at the relevant time), was substantially the same as the evidence which she and the appellant gave in furtherance of the alibi defence at trial. In these circumstances, given that the trial judge accepted the testimony of the appellant’s mother as to the conversation which occurred in the police station, there was no reason to draw an adverse inference against the alibi evidence.

In this case, the trial judge found that the disclosure of the alibi defence by the appellant’s mother was insufficient and therefore that alibi was not disclosed in a timely fashion. As a result, the trial judge drew a negative inference such that the alibi defence was “considerably weakened”. In the circumstances of the case, the finding that the disclo-

avocat lors de l’enquête sur cautionnement, qui aurait été un autre moment approprié pour communiquer formellement la défense d’alibi.

Enfin, il y a lieu de se rappeler que le fait de tirer une conclusion défavorable à l’égard de la preuve relative à un alibi n’est pas une règle de droit, mais une règle de commodité (*Russell, précité*) destinée à fermer la porte aux faux témoignages. La preuve de l’alibi n’est pas automatiquement «considérablement affaiblie» par l’omission de communiquer formellement la défense. Ainsi que l’a dit le juge Martin de la Cour d’appel dans *Dunbar and Logan, précité*, à la p. 62:

[TRADUCTION] Le principe directeur est que l’omission de communiquer un alibi suffisamment tôt pour en permettre la vérification par la police est un facteur à prendre en compte pour déterminer la valeur probante de la preuve de l’alibi . . . [Je souligne.]

Ainsi, le juge doit déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances de l’affaire, la communication tardive ou insuffisante indique qu’il y a lieu de tirer une conclusion défavorable relativement au témoignage.

En l’espèce, le principal témoin de l’alibi en a informé la police dans les quelques heures qui ont suivi l’arrestation et avant d’avoir la possibilité de discuter de l’affaire avec l’appellant. En outre, la nature de l’alibi (que l’appellant était à la maison où il regardait la télévision avec sa mère à ce moment-là) était substantiellement identique au témoignage qu’elle et l’appellant ont rendu pour étayer la défense d’alibi au procès. Dans ces circonstances, étant donné que le juge du procès a admis le témoignage de la mère de l’appellant quant à la conversation qui a eu lieu au poste de police, il n’y avait aucune raison de tirer une conclusion défavorable à l’égard de la preuve de l’alibi.

En l’espèce, le juge du procès a conclu que la communication de la défense d’alibi par la mère de l’appellant était insuffisante et par conséquent que l’alibi a été communiqué tardivement. Il a donc tiré la conclusion défavorable que la défense d’alibi a été «considérablement affaiblie». Compte tenu des circonstances de l’affaire, la conclusion

36

37

38

sure of the alibi was insufficient and the drawing of the negative inference constituted errors of law.

39

The conviction in this case cannot be upheld under the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*: see *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at p. 146:

The principles and tests to be applied under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, the “curative provision”, are a matter of settled jurisprudence. That section places a burden on the Crown to justify the denial of a new trial despite the presence of an error in the lower court. While the satisfaction of that onus is a condition precedent to the application of the curative provision, the curative provision need not be applied even if the onus is met. In *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744, the applicable test was stated to be whether “the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred”. See also *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 328-29; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 919; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at p. 620; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at pp. 736-37; and *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617.

In this case the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had not erred by finding that the alibi defence was considerably weakened by the late disclosure.

40

The alibi defence was the only defence relied upon by the appellant in this trial and it was also clearly relevant to the issue of identification which was the most contentious issue in the trial. The credibility of the appellant’s witnesses and the Crown witnesses respectively was critical to the outcome of this trial. It cannot be said that the outcome of the trial would have been the same if a negative inference had not been drawn against the evidence given by the appellant’s witnesses. The comments of Brooke J.A. in *Laverty*, *supra*, at p. 153, are equally appropriate in this case:

Crown counsel has urged us that if this was indeed in error, it was of no account, because the trial Judge had elected to believe the evidence of the Crown witness. We do not agree. The importance of this evidence was

que la communication de l’alibi était insuffisante et le fait d’avoir tiré une conclusion défavorable constituait des erreurs de droit.

La déclaration de culpabilité en l’espèce ne peut être maintenue sous le régime de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*: voir *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, à la p. 146:

Les principes et les critères qui doivent être appliqués sous le régime de la «disposition réparatrice» qu’est le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* sont bien établis en jurisprudence. Cette disposition impose au ministère public l’obligation de justifier le refus de tenir un nouveau procès malgré l’existence d’une erreur commise par l’instance inférieure. Même si cette justification est une condition préalable à l’application de la disposition réparatrice, elle ne la rend pas obligatoire. Dans l’arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 744, on a dit que le critère applicable consistait à se demander si [TRADUCTION] «le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s’était pas produite». Voir également *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, aux pp. 328 et 329; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 919; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, à la p. 620; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, aux pp. 736 et 737; et *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, à la p. 617.

Dans la présente affaire, le verdict n’aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès n’avait pas commis une erreur en concluant que la défense d’alibi était considérablement affaiblie par sa communication tardive.

Le seul moyen de défense invoqué par l’appellant dans le cadre de ce procès est l’alibi, et il est clair qu’il était pertinent également pour ce qui est de l’identification, la plus contestée des questions au procès. La crédibilité des témoins de l’appelant et des témoins à charge respectivement était capitale quant à l’issue du procès. On ne saurait dire que le verdict aurait été le même si aucune conclusion défavorable n’avait été tirée à l’égard de la preuve apportée par les témoins de l’appelant. Les commentaires du juge Brooke dans *Laverty*, précité, à la p. 153, sont également appropriés en l’espèce:

[TRADUCTION] Le substitut du procureur général nous a fait valoir que s’il y a effectivement eu erreur, elle était sans importance puisque le juge du procès a choisi de croire les témoins à charge. Nous ne sommes pas

obvious. If the appellant's witness' evidence was misjudged because improper principles were applied in determining the weight to be given to it, the criteria for balancing the scales of justice may have been something other than the test of reasonable doubt. On this ground alone, the appeal must succeed.

Furthermore, the trial judge stated that if he had not drawn a negative inference against the alibi evidence: "[t]hat may very well have been of significant assistance to the accused, I don't know." When a trial judge recognizes that the outcome may have been significantly affected by his decision on a point, it is clear that the conviction cannot be upheld under s. 686(1)(b)(iii) if the appellate court finds that the trial judge erred on that point.

V. Disposition

In the result I would allow the appeal, quash the conviction of the appellant and direct a new trial.

Appeal dismissed, SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Matthew Webber, Toronto.

Solicitor for the respondent: Federal Department of Justice, Toronto.

d'accord. L'importance de ces témoignages était évidente. Si les dépositions des témoins de l'appelant ont été mal jugées parce que des principes erronés ont été appliqués pour déterminer le poids à leur accorder, les critères applicables en vue d'équilibrer les deux plateaux de la balance de la justice ont pu être autres que le critère du doute raisonnable. Pour ce seul motif, l'appel doit être accueilli.

Par ailleurs, le juge du procès a déclaré que s'il n'avait pas tiré de conclusion défavorable quant à la preuve de l'alibi, «[c]ela aurait pu aider grandement l'accusé. Je ne sais pas». Lorsqu'un juge du procès reconnaît que l'issue aurait pu être fortement influencée par sa décision sur un point, il est clair que la déclaration de culpabilité ne peut être maintenue sous le régime du sous-al. 686(1)(b)(iii) si la cour d'appel conclut que le juge du procès a commis une erreur sur ce point.

V. Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, LES JUGES SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelant: Matthew Webber, Toronto.

Procureur de l'intimée: Ministère fédéral de la Justice, Toronto.

41

42



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En case 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, 1995 Vol. 3

2^e cahier, 1995 Vol. 3

Cited as [1995] 3 S.C.R. 199-404

Renvoi [1995] 3 R.C.S. 199-404

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

G. (L.) v. B. (G.) 367

Appeal — Supreme Court of Canada — Stay of execution — Court granting leave to appeal from Court of Appeal's judgment reducing support payable to ex-wife — Ex-wife applying for order for interim maintenance pending appeal — Whether single judge has jurisdiction to deal with application — If so, whether application should be granted — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

G. (L.) v. B. (G.) 370

Divorce — Support — Variation — *De facto* union — Separation agreement incorporated in divorce judgment providing for payment of support to wife — Agreement concluded by parties at time when to husband's knowledge wife was seeing friend with whom she now cohabits — Whether change sufficient to justify varying support — To what extent court's discretion

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

G. (L.) c. B. (G.) 367

Appel — Cour suprême du Canada — Sursis d'exécution d'un jugement — Autorisation de pourvoi accordée à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel qui a réduit le montant de la pension alimentaire versée à l'ex-épouse — Requête par l'ex-épouse pour une ordonnance alimentaire provisoire en attendant l'issue du pourvoi — Un juge seul a-t-il compétence pour entendre cette requête? — Dans l'affirmative, la requête doit-elle être accordée? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

G. (L.) c. B. (G.) 370

Divorce — Pension alimentaire — Modification — Concubinage — Convention de séparation incorporée dans le jugement de divorce prévoyant le paiement d'une pension alimentaire à l'épouse — Convention conclue par les parties à une époque

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

limited by agreement — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15, 17.

Divorce — Support — Variation — Separation agreement incorporated in divorce judgment providing for payment of child support — Agreement concluded by parties when child was a minor, whereas he is now married and independent — Whether change sufficient to justify cancelling child support — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15, 17.

RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) 199

Constitutional law — Division of powers — Charter of Rights — Freedom of expression — Commercial advertising — Cigarette advertising banned — Whether or not legislation validly enacted under criminal law power or under peace, order and good government clause — If so, whether or not Act's provisions infringing s. 2(b) Charter right to freedom of expression — If so, whether or not infringements justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Constitution Act, 1867, Preamble, s. 91(27) — Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20, ss. 4, 5, 6, 8, 9.

SOMMAIRE (Fin)

où, à la connaissance du mari, l'épouse fréquentait un ami avec lequel elle fait maintenant vie commune — Ce changement est-il suffisamment important pour justifier la modification de la pension alimentaire? — Dans quelle mesure la discrétion du tribunal est-elle limitée par la convention? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15, 17.

Divorce — Pension alimentaire — Modification — Convention de séparation incorporée dans le jugement de divorce prévoyant le paiement d'une pension alimentaire à l'épouse pour le bénéfice de l'enfant — Convention conclue par les parties à une époque où l'enfant était mineur alors qu'il est maintenant marié et indépendant — Ce changement est-il suffisamment important pour justifier l'annulation de la pension alimentaire payable à l'épouse pour le bénéfice de l'enfant? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15, 17.

RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) 199

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Publicité de la cigarette interdite — Les dispositions législatives ont-elles été valablement adoptées dans le cadre de la compétence en matière de droit criminel ou en vertu de la disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement? — Dans l'affirmative, les dispositions de la Loi violent-elles la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte? — Dans l'affirmative, les violations sont-elles justifiables en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91(27) — Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20, art. 4, 5, 6, 8, 9.

RJR-MacDonald Inc. *Appellant*

v.

**The Attorney General of
Canada** *Respondent*

and

Imperial Tobacco Ltd. *Appellant*

v.

**The Attorney General of
Canada** *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Mis-en-
cause*

and

**The Attorney General for Ontario, the
Heart and Stroke Foundation of Canada,
the Canadian Cancer Society, the Canadian
Council on Smoking and Health, the
Canadian Medical Association, and the
Canadian Lung Association** *Interveners*

**INDEXED AS: RJR-MACDONALD INC. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)**

File Nos.: 23460, 23490.

1994: November 29, 30; 1995: September 21.

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

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

*Constitutional law — Division of powers — Charter
of Rights — Freedom of expression — Commercial
advertising — Cigarette advertising banned — Whether
or not legislation validly enacted under criminal law*

RJR-MacDonald Inc. *Appelante*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Imperial Tobacco Ltd. *Appelante*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général du Québec *Mis en
cause*

et

**Le procureur général de l'Ontario, la
Fondation des maladies du cœur du
Canada, la Société canadienne du cancer,
le Conseil canadien sur le tabagisme et
la santé, l'Association médicale canadienne
et l'Association pulmonaire du
Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: RJR-MACDONALD INC. c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Nos du greffe: 23460, 23490.

1994: 29, 30 novembre; 1995: 21 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —
Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité
commerciale — Publicité de la cigarette interdite — Les
dispositions législatives ont-elles été valablement adop-*

power or under peace, order and good government clause — If so, whether or not Act's provisions infringing s. 2(b) Charter right to freedom of expression — If so, whether or not infringements justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Constitution Act, 1867, Preamble, s. 91(27) — Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20, ss. 4, 5, 6, 8, 9.

The *Tobacco Products Control Act* (the "Act") broadly prohibited (with specified exceptions) all advertising and promotion of tobacco products and the sale of a tobacco product unless its package includes prescribed unattributed health warnings and a list of toxic constituents. The legislative scheme targeted three distinct categories of commercial activity: advertising, promotion and labelling. The Act, except for a prohibition on the distribution of free samples of tobacco products, did not proscribe the sale, distribution or use of tobacco products.

These proceedings began with two separate motions for declaratory judgments before the Quebec Superior Court. The appellant RJR-MacDonald Inc. sought a declaration that the Act was wholly *ultra vires* Parliament and invalid as an unjustified infringement of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant Imperial Tobacco Ltd. sought the same order, but only in respect of ss. 4 and 5 (advertisement of tobacco products), and ss. 6 and 8 (promotion of tobacco products). The two motions were heard together in the Quebec Superior Court which declared the whole of the Act *ultra vires* the Parliament of Canada and as well found it to be of no force or effect as an unjustified infringement of s. 2(b) of the *Charter*. The Quebec Court of Appeal reversed this judgment. The constitutional questions considered by this Court queried: (1) whether Parliament had legislative competence to enact the Act under either the peace, order and good government of Canada clause or the criminal law power, and (2) whether the Act infringed the right to freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* and, if so, whether it was saved under s. 1.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. dissenting): The appeals should be allowed. The first constitutional question dealing with the legisla-

tées dans le cadre de la compétence en matière de droit criminel ou en vertu de la disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement? — Dans l'affirmative, les dispositions de la Loi violent-elles la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte? — Dans l'affirmative, les violations sont-elles justifiables en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91(27) — Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20, art. 4, 5, 6, 8, 9.

La *Loi réglementant les produits du tabac* (la «Loi») comporte une interdiction générale (sous réserve d'exceptions précises) de toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac et de la vente de ces produits à moins que leur emballage ne comporte les mises en garde non attribuées prévues et une liste de leurs substances toxiques. Le régime législatif vise trois catégories distinctes d'activité commerciale: la publicité, la promotion et l'étiquetage. Sauf pour ce qui est de l'interdiction de distribuer des échantillons gratuits, la Loi n'interdit pas la vente, la distribution ou l'usage des produits du tabac.

Les présents litiges ont commencé par deux requêtes distinctes visant à obtenir des jugements déclaratoires devant la Cour supérieure du Québec. L'appelante RJR-MacDonald Inc. a demandé que la Loi soit déclarée complètement *ultra vires* du Parlement du Canada et non valide du fait qu'elle constitue une violation injustifiée de la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelante Imperial Tobacco Ltd. a demandé la même ordonnance, mais seulement relativement aux art. 4 et 5 (publicité en faveur des produits du tabac) et aux art. 6 et 8 (promotion des produits du tabac). Les deux requêtes ont été entendues en même temps par la Cour supérieure du Québec, qui a déclaré l'ensemble de la Loi *ultra vires* du Parlement du Canada et a affirmé que la Loi était inopérante du fait qu'elle constituait une violation injustifiée de l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Notre Cour a examiné les questions constitutionnelles visant à déterminer: (1) si le Parlement avait la compétence nécessaire pour adopter la Loi soit pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, soit dans le cadre de sa compétence en matière de droit criminel, et (2) si la Loi porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si elle est sauvegardée par l'article premier.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont dissidents): Les pourvois sont accueillis. La première question constitutionnelle traitant de la compé-

tive competence of Parliament to enact the legislation under the criminal law power or for the peace, order and good government of Canada should be answered in the positive. With respect to the second constitutional question, ss. 4 (re advertising), 8 (re trade mark use) and 9 (re unattributed health warnings) of the Act are inconsistent with the right of freedom of expression as set out in 2(b) of the *Charter* and do not constitute a reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof. La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. would find that they constitute a reasonable limit. Given that ss. 5 (re retail displays) and 6 (re sponsorships) could not be cleanly severed from ss. 4, 8 and 9, all are of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Division of Powers

(i) Criminal Law Power

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. (Sopinka and Major JJ. dissenting): The legislation was validly enacted under the criminal law power.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The legislation was validly enacted under the criminal law power, and it was accordingly unnecessary to consider whether it fell under the peace, order and good government clause. The criminal law power is plenary in nature, defined broadly, and not frozen in time or confined to a fixed domain of activity. The legislation must not, however, be colourable; some legitimate public purpose must underlie the prohibition.

The *Tobacco Products Control Act* is, in pith and substance, criminal law. Parliament's purpose was to prohibit three categories of acts: advertisement of tobacco products (ss. 4 and 5), promotion of tobacco products (ss. 6 to 8) and sale of tobacco products without printed health warnings (s. 9). The penal sanctions accompanying these prohibitions created a *prima facie* indication that the Act was criminal law. The Act also has an underlying criminal public purpose directed at some injurious effect upon the public — the detrimental health effects caused by tobacco consumption which were clearly demonstrated by the attorney general at trial.

tence du Parlement de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada reçoit une réponse positive. Pour ce qui est de la seconde question constitutionnelle, les art. 4 (la publicité), 8 (les marques) et 9 (les messages non attribués relatifs à la santé) de la Loi sont incompatibles avec le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte* et n'apportent pas une limite raisonnable à l'exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont d'avis qu'ils apportent une limite raisonnable. Vu que les art. 5 (commerce au détail) et 6 (parrainage) ne peuvent pas nettement être distingués des art. 4, 8 et 9, ils sont tous inopérants aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Partage des compétences

(i) Compétence en matière de droit criminel

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci (les juges Sopinka et Major sont dissidents): La loi a été validement adoptée en vertu de la compétence en matière de droit criminel.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: La Loi constitue un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel, et il était inutile d'examiner si elle relève de la compétence de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement. La compétence en matière de droit criminel est de nature plénière, sa portée est définie largement et sa définition n'est pas gelée à une époque déterminée ni restreinte à un domaine d'activité fixe. La loi ne doit pas être spécieuse; l'interdiction doit se fonder sur un objectif public légitime.

La *Loi réglementant les produits du tabac* est, de par son caractère véritable, une loi en matière de droit criminel. L'objectif du Parlement était d'interdire trois catégories d'actes: la publicité en faveur des produits du tabac (art. 4 et 5), la promotion des produits du tabac (art. 6 à 8) et la vente des produits du tabac dont l'emballage ne comporterait pas de messages relatifs à la santé (art. 9). Les sanctions pénales dont ces interdictions sont assorties créent une indication à première vue que la Loi est de droit criminel. La Loi a également un objectif public sous-jacent du droit criminel dirigé contre un effet nuisible pour le public — les effets nocifs de l'usage du tabac sur la santé, que le procureur général a clairement établis en première instance.

“Health” is not an enumerated head under the *Constitution Act, 1867*, and may be dealt with by valid federal or provincial legislation depending on the circumstances and nature and scope of the problem in question. The protection of health is one of the ordinary ends of the federal criminal law power. The scope of that power includes, for example, the right to legislate with respect to dangerous goods, including health warnings on dangerous goods. This legislation was not colourable. Its purpose is to protect Canadians against the serious health hazards that flow from the consumption of tobacco. Parliament’s decision to criminalize tobacco advertisement and promotion is a valid exercise of the criminal law power. The Act has the requisite “criminal public purpose” even though Parliament has not criminalized the “evil” ultimately aimed at but rather an activity ancillary to the “evil”. A prohibition upon the sale or consumption of tobacco is not now a practical policy option, given the addictive nature of tobacco products, and the large number of Canadians who smoke. It would be absurd to limit Parliament’s power to legislate in this emerging area of public concern simply because it cannot as a practical matter impose a prohibition more specifically aimed at the evil. The constitutionality of such legislation has recently been upheld in other cases.

The legislation, while not serving a “public purpose commonly recognized as being criminal in nature”, is nevertheless a valid exercise of the criminal law power. The definition of the criminal law is not “frozen as of some particular time” and the criminal law power includes the power to create new crimes. The existence of exemptions within the legislation does not transform it from criminal to regulatory legislation. Broad status-based exemptions to criminal legislation do not detract from the legislation’s criminal nature; they help define the crime by clarifying its contours.

Per McLachlin J.: Parliament may impose advertising bans and require health warnings on tobacco products under its criminal law power.

Per Sopinka and Major JJ.: Section 9 of the *Tobacco Products Control Act* falls within Parliament’s power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, but ss. 4, 5, 6, and 8 which prohibit all advertising and promotion

La «santé» n’est pas un chef de compétence énuméré dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, et la compétence en cette matière peut valablement être exercée dans le cadre de lois fédérales ou provinciales, selon les circonstances et selon la nature et la portée du problème en question. La protection de la santé constitue un des buts habituels de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cette compétence comprend, par exemple, le droit de légiférer à l’égard des marchandises dangereuses, notamment à l’égard des mises en garde relatives à la santé. La loi en cause n’était pas spécieuse. Elle a pour objet de protéger les Canadiens contre les graves dangers de l’usage du tabac. La décision du Parlement de criminaliser la publicité et la promotion du tabac constitue un exercice valide de sa compétence en matière de droit criminel. La Loi vise un «objectif public du droit criminel» même si le Parlement n’a pas criminalisé le «mal» visé mais plutôt un aspect secondaire du «mal». Une interdiction de vente ou d’usage du tabac ne constitue pas une option politique pratique pour le moment, étant donné la dépendance que suscitent les produits du tabac et le grand nombre de Canadiens qui fument. Il serait absurde de restreindre la compétence du Parlement de légiférer dans ce nouveau domaine d’intérêt public simplement parce qu’il ne peut pas, d’un point de vue pratique, imposer une interdiction visant plus précisément le mal. La constitutionnalité de lois de ce genre a récemment été maintenue.

Bien qu’elle ne serve pas «une fin publique communément reconnue comme étant de nature criminelle» la Loi constitue néanmoins un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel. La définition du droit criminel n’est pas «gelé[e] à une époque déterminée», et la compétence de légiférer en matière de droit criminel comprend celle de définir de nouveaux crimes. Le fait qu’il existe des exemptions dans une loi n’en fait pas un texte réglementaire plutôt qu’un texte relevant du droit criminel. La création d’une exemption générale, fondée sur le statut, à l’application d’une loi en matière criminelle n’a pas pour effet d’enlever à la loi son caractère de droit criminel, elle contribue plutôt à définir l’infraction en clarifiant les particularités.

Le juge McLachlin: En vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut imposer des interdictions sur la publicité et exiger l’apposition de mises en garde relatives à la santé sur les produits du tabac.

Les juges Sopinka et Major: L’article 9 de la *Loi réglementant les produits du tabac* relève de la compétence du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais les art. 4, 5, 6 et 8, qui

of tobacco products and restrict the use of tobacco trademarks, do not. The criminal law power encompasses the right to legislate against dangerous foods and drugs, including tobacco products. Manufacturers of tobacco products are under a duty to disclose and warn of the dangers inherent in the consumption of tobacco products and failure to do so can validly constitute a crime.

The prohibition of conduct which interferes with the proper functioning of society or which undermines the safety and security of society as a whole lies at the heart of the criminal law. Matters posing a significant and serious risk of harm or causing significant and serious harm to public health, safety or security can be proscribed by Parliament as criminal. Lesser threats to society and its functioning are addressed through non-criminal regulation.

Care must be taken not to overstate the objective because its importance may be exaggerated and the analysis compromised. The objective of the advertising ban and trade mark usage restrictions is to prevent Canadians from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products.

The undesirability of this form of expression does not pose such a grave and serious danger to public health as to make it criminal. The Act lacked a typically criminal public purpose and is too far removed from the injurious or undesirable effects of tobacco use to constitute a valid exercise of the criminal law power. Those areas where ancillary activities have been criminalized, rather than the core activity itself, concern matters which have traditionally been subject to criminal sanctions and pose significant and serious dangers in and of themselves. Parliament could have criminalized tobacco use but chose not to.

Broad-based exemptions are a factor which may lead a court to conclude that the proscribed conduct is not truly criminal. The prohibitions on advertising cannot be upheld as a valid exercise of the criminal law power given the broad-based exemptions allowing for tobacco advertising in imported publications and given that the Act does not engage a typically criminal public purpose.

interdisent toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac et restreignent l'utilisation des marques de tabac, n'en relèvent pas. La compétence en matière de droit criminel comprend le droit de légiférer contre les produits dangereux et les drogues, y compris les produits du tabac. Les fabricants de produits du tabac ont l'obligation de mettre en garde contre les dangers inhérents à la consommation du tabac, et l'omission de le faire peut valablement constituer un crime

L'interdiction de tout comportement qui entrave le bon fonctionnement de la société ou qui compromet la sécurité de la société dans son ensemble est au cœur du droit criminel. Tout ce qui pose un risque de préjudice grave et important ou qui entraîne pour la sécurité et la santé du public un préjudice grave ou important peut être interdit par le Parlement comme relevant du droit criminel. Les menaces moins graves pour la société et son fonctionnement sont ciblées dans les régimes de réglementation qui ne relèvent pas du droit criminel.

Il faut veiller à ne pas surestimer l'objectif parce qu'on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse. L'objectif de l'interdiction de publicité et des restrictions à l'usage des marques est d'empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac.

Le fait que cette forme d'expression soit indésirable ne présente pas un risque grave et important pour la santé publique au point de la rendre criminelle. La Loi est dénuée d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel et est trop éloignée des effets nocifs ou indésirables de l'utilisation du tabac pour constituer un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel. Les domaines où les activités secondaires ont été criminalisées, plutôt que l'activité principale même, portent sur des sujets qui ont toujours fait l'objet de sanctions pénales et comportent en soi des dangers graves et importants. Le Parlement aurait pu criminaliser l'usage du tabac, mais il a choisi de ne pas le faire.

L'existence d'exemptions générales est un facteur qui peut mener un tribunal à conclure que le comportement interdit n'est pas véritablement criminel. L'interdiction de publicité ne peut pas être maintenue à titre d'exercice valide de la compétence en matière de droit criminel compte tenu des exemptions générales qui permettent la publicité en faveur du tabac dans les publications importées et du fait que la Loi ne relève pas d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel.

Charter Issues

(i) Infringement

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The impugned sections infringed freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the Charter.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The prohibition on advertising and promotion under the Act infringed appellants' right to freedom of expression under s. 2(b) of the Charter.

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The prohibition on advertising and promotion of tobacco products violated the right to free expression. Since freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things, the requirement that tobacco manufacturers place an unattributed health warning on tobacco packages combined with the prohibition against displaying any writing on their packaging other than the name, brand name, trade mark, and other information required by legislation too infringed this right. Section 7, which prohibits the free distribution of any tobacco product in any form, is closely connected to the law's objective and should stand.

(ii) Section 1 Analysis

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The impugned sections were not justified under s. 1 of the Charter. La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. would have found the impugned sections justified and therefore saved under s. 1.

*Per Sopinka, McLachlin and Major JJ.: The appropriate test in a s. 1 analysis is that found in s. 1 itself: whether the infringement is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. No conflict exists between the words of s. 1 and the jurisprudence founded upon *Oakes*. The word "demonstrably" in s. 1 is critical: the process is neither one of mere intuition nor of deference to Parliament's choice. While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that, before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good*

Questions relatives à la Charte

(i) Violation

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les dispositions contestées violent la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la Charte.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: L'interdiction de publicité et de promotion imposée par la Loi viole le droit des appelantes à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la Charte.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: L'interdiction imposée sur la publicité et la promotion des produits du tabac constitue une violation du droit à la liberté d'expression. Comme la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses, l'obligation imposée aux fabricants de tabac d'inscrire sur les emballages des produits du tabac des messages non attribués relatifs à la santé, conjuguée à l'interdiction d'apposer sur l'emballage d'un produit des mentions autres que la désignation, le nom, la marque et les renseignements prévus par une loi, constitue une violation de ce droit. L'article 7, qui interdit la distribution gratuite des produits du tabac, sous quelque forme que ce soit, se rattache étroitement à l'objectif de la loi et devrait être déclaré valide.

(ii) Analyse relative à l'article premier

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: Les dispositions contestées ne sont pas justifiées en vertu de l'article premier de la Charte. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory auraient conclu que les dispositions contestées étaient justifiées et qu'elles étaient par conséquent sauvegardées par l'article premier.

*Les juges Sopinka, McLachlin et Major: Le critère approprié applicable à une analyse fondée sur l'article premier se trouve dans la disposition même et consiste à déterminer si la violation est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il n'existe pas d'incompatibilité entre le libellé de l'article premier et la jurisprudence fondée sur l'arrêt *Oakes*. Les mots «puisse se démontrer» sont importants. En effet, il ne s'agit pas de procéder par simple intuition ou d'affirmer qu'il faut avoir de l'égard pour le choix du Parlement. Bien qu'ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les*

which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement.

Context, deference and a flexible and realistic standard of proof are essential aspects of the s. 1 analysis. The *Oakes* test must be applied flexibly, having regard to the factual and social context of each case. This contextual approach does not reduce the obligation on the state to demonstrate that the limitation on rights imposed by the law is reasonable and justified. The deference accorded to Parliament may vary with the social context but must not be carried to the point of relieving the government of its *Charter*-based burden of demonstrating the limits it has imposed on guaranteed rights to be reasonable and justifiable. To do so would diminish the role of the courts in the constitutional process and weaken the structure of rights. The civil standard of proof on a balance of probabilities at all stages of the proportionality analysis is more appropriate.

Courts of appeal, as a general rule, decline to interfere with findings of fact by a trial judge unless they are unsupported by the evidence or based on clear error. In the context of the s. 1 analysis, more deference may be required where findings are based on evidence of a purely factual nature whereas a lesser degree of deference may be required where the trial judge has considered social science and other policy-oriented evidence. Appellate courts generally are not as constrained by the trial judge's findings in the context of the s. 1 analysis as they are in the course of non-constitutional litigation because the impact of the infringement on constitutional rights must often be assessed by reference to a broad review of social, economic and political factors in addition to scientific facts.

The objective should not be overstated. The objective relevant to the s. 1 analysis is that of the infringing measure, since only the infringing measure must be justified. If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised. The objective of the impugned measures, however, is somewhat narrower than the objectives of the wider legisla-

tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu'il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l'État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation.

Les concepts de contexte, de respect et d'application d'une norme de preuve souple et réaliste sont des aspects essentiels de l'analyse fondée sur l'article premier. Le critère formulé dans *Oakes* doit être appliqué avec souplesse, compte tenu du contexte factuel et social de chaque cas particulier. Cette analyse contextuelle n'a pas pour effet de diminuer l'obligation qu'a l'État de démontrer que la restriction des droits est raisonnable et justifiée. Le respect accordé au Parlement peut varier en fonction du contexte social, mais il ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Agir ainsi reviendrait à diminuer le rôle des tribunaux à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits. La norme de preuve qui convient, à toutes les étapes de l'analyse de la proportionnalité, est celle qui s'applique en matière civile, c'est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités.

En règle générale, une cour d'appel refuse de modifier les conclusions de fait du juge de première instance, sauf si ces conclusions ne s'appuient pas sur la preuve ou sont fondées sur une erreur manifeste. Dans le contexte de l'analyse fondée sur l'article premier, il pourrait bien être nécessaire de faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard de conclusions fondées sur une preuve de nature purement factuelle, qu'à l'égard de conclusions que le juge de première instance aurait tirées après l'examen de la preuve en matière de sciences humaines et d'autres questions de principe. En règle générale, dans le contexte d'une analyse fondée sur l'article premier, une cour d'appel n'est pas liée par les conclusions du juge de première instance au même degré qu'elle l'est dans le cadre d'un litige de nature non constitutionnelle, puisque l'incidence de la violation sur les droits constitutionnels doit souvent être évaluée dans le cadre d'un vaste examen de facteurs sociaux, économiques et politiques, qui vient s'ajouter à celui de faits scientifiques.

Il faut veiller à ne pas surestimer l'objectif. Aux fins d'une analyse fondée sur l'article premier, l'objectif pertinent est celui de la mesure attentatoire puisque c'est cette dernière que l'on cherche à justifier. Si l'on formule l'objectif d'une façon trop large, on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse. Cependant, l'objectif des mesures contestées est un peu

tive and policy scheme in which the Act is found. The advertising ban and trade mark usage restrictions are to prevent people in Canada from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products. The mandatory package warning is to discourage people who see the package from tobacco use. Both constitute important objectives. The critical question, however, is not the evil tobacco works generally in our society, but the evil which the legislation addresses.

The extent to which this Court should defer to the trial judge's findings depends on whether the findings relate to purely factual matters or whether they relate to complex social science evidence from which it is difficult to draw firm factual and scientific conclusions. Less deference should be accorded to the trial judge's finding that the complete ban on advertising was not rationally connected to the aim of reducing advertising-induced consumption. Much of the evidence adduced on this point was social science evidence predictive of human behaviour from which it was difficult to draw firm factual conclusions.

The impugned provisions mandating a complete ban and unattributed package warnings do not minimally impair the right to free expression. Under the minimal impairment analysis, the trial judge did not rely on problematic social science data, but on the fact that the government had adduced no evidence to show that less intrusive regulation would not achieve its goals as effectively as an outright ban. Nor had the government adduced evidence to show that attributed health warnings would not be as effective as unattributed warnings on tobacco packaging.

The causal relationship between the infringement of rights and the benefit sought may sometimes be proved by scientific evidence showing that as a matter of repeated observation, one affects the other. Where, however, legislation is directed at changing human behaviour, as in the case of the *Tobacco Products Control Act*, the causal relationship may not be scientifically

plus restreint que les objectifs plus vastes du régime complexe dans lequel s'inscrit la Loi sur le plan législatif et sur celui des principes. L'interdiction de publicité et les restrictions à l'usage des marques visent à empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac. L'objectif de la mise en garde obligatoire est de dissuader les gens qui voient l'emballage de faire usage du tabac. Dans les deux cas, il s'agit d'objectifs importants. La question cruciale, toutefois, n'est pas le mal que le tabac cause dans l'ensemble de notre société, mais bien le mal auquel s'attaque la loi.

La mesure dans laquelle notre Cour devrait faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge de première instance dépend de la réponse à la question de savoir si les conclusions se rapportent à des questions purement factuelles ou à des éléments de preuve complexes en matière de sciences humaines à partir desquels il est difficile de tirer de solides conclusions factuelles et scientifiques. Il y a lieu de faire preuve d'une moins grande retenue à l'égard de la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'interdiction totale de publicité n'avait pas de lien rationnel avec l'objectif de diminution de la consommation provoquée par la publicité. La majeure partie de la preuve présentée sur ce point consistait en des données en matière de sciences humaines concernant le comportement humain prévisible, à partir desquelles il était difficile de tirer de solides conclusions factuelles.

Les dispositions attaquées, qui interdisent toute publicité et exigent l'apposition de mises en garde non attribuées sur les emballages, ne constituent pas une atteinte minimale à la liberté d'expression. Dans le cadre de l'analyse de l'atteinte minimale, le juge de première instance ne s'est pas fié à des données problématiques en matière de sciences humaines mais plutôt au fait que le gouvernement n'avait pas présenté d'éléments de preuve établissant qu'un règlement moins attentatoire n'atteindrait pas ses objectifs aussi efficacement qu'une interdiction totale. Le gouvernement n'avait pas non plus présenté d'éléments de preuve pour établir que des mises en garde attribuées sur les emballages des produits du tabac ne seraient pas aussi efficaces que des mises en garde non attribuées.

Le lien causal entre l'atteinte aux droits et l'avantage recherché peut parfois être établi par une preuve scientifique démontrant, à la suite d'une observation répétée, que l'un influe sur l'autre. Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la *Loi réglementant les produits du tabac*, le lien causal pourrait bien ne pas être mesura-

measurable. In such cases, this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective. Here, no direct evidence of a scientific nature showed a causal link between advertising bans and decrease in tobacco consumption. A link, established on a balance of probabilities and based on reason, existed between certain forms of advertising, warnings and tobacco consumption. No causal connection existed however, whether based on direct evidence or logic and reason, between the objective of decreasing tobacco consumption and s. 8's absolute prohibition on the use of a tobacco trade mark on articles other than tobacco products. Section 8 failed the rational connection test.

A complete ban on a form of expression is more difficult to justify than a partial ban. The government must show that only a full prohibition will enable it to achieve its objective. Where, as here, no evidence is adduced to show that a partial ban would be less effective than a total ban, the justification required by s. 1 to save the violation of free speech is not established.

As a matter of reason and logic, lifestyle advertising is designed to increase consumption. Purely informational or brand preference advertising, however, has not been shown to have this effect. Several less intrusive alternative measures would be a reasonable impairment of the right to free expression, given the important objective and the legislative context.

Allowing Parliament to choose such measures as it sees fit by contrasting the importance of Parliament's objective with the low value of the expression at issue raises a number of concerns. First, to argue that the importance of the legislative objective justifies more deference to the government at the stage of evaluating minimal impairment, is to engage in the balancing between objective and deleterious effect contemplated by the third stage of the proportionality analysis in *Oakes*. Second, just as care must be taken not to overvalue the legislative objective beyond its actual parameters, so care must be taken not to undervalue the expression at issue. Third, a great deal of reliance is placed on the fact that the appellants are motivated by profit. Motivation to profit is irrelevant to the determination of

ble du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif. En l'espèce, il n'existait aucune preuve directe de nature scientifique de l'existence d'un lien causal entre une interdiction de publicité et la diminution de l'usage du tabac. On a établi, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien fondé sur la raison entre certaines formes de publicité, les mises en garde et l'usage du tabac. Cependant, il n'existait pas de lien causal, fondé sur une preuve directe ou sur la logique ou la raison, entre l'objectif de diminution de l'usage du tabac et l'interdiction absolue, imposée par l'art. 8, quant à l'usage des marques sur des articles autres que les produits du tabac. L'article 8 ne satisfait pas au critère du lien rationnel.

Il est plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que son interdiction partielle. Le gouvernement doit établir que seule une interdiction totale lui permettra d'atteindre son objectif. Si, comme en l'espèce, aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'une interdiction partielle serait moins efficace qu'une interdiction totale, on n'a pas établi la justification requise en vertu de l'article premier visant à sauvegarder la violation de la liberté d'expression.

D'un point de vue rationnel et logique, la publicité de style de vie vise à accroître la consommation, mais rien n'indique que la publicité purement informative ou de fidélité aux marques a cet effet. Plusieurs autres mesures, par ailleurs moins envahissantes, constitueraient une atteinte raisonnable au droit à la liberté d'expression, étant donné l'importance de l'objectif et du contexte législatif.

Permettre au Parlement de choisir les mesures qu'il juge appropriées en comparant l'importance de l'objectif qu'il vise et la faible valeur de l'expression en cause soulève certaines préoccupations. Premièrement, soutenir que l'importance de l'objectif législatif justifie un plus grand respect envers le gouvernement à l'étape de l'évaluation de l'atteinte minimale, c'est procéder à la pondération des effets objectifs et des effets préjudiciables, prévue à la troisième étape de l'analyse de la proportionnalité dans l'arrêt *Oakes*. Deuxièmement, tout comme il faut prendre soin de ne pas surestimer l'objectif législatif par rapport à ses véritables paramètres, il faut veiller à ne pas sous-estimer l'importance de l'expression en cause. Troisièmement, une grande importance est accordée au fait que les appelantes sont moti-

whether the government has established that the law is reasonable or justified as an infringement of freedom of expression.

The requirement that the warning be unattributed pursuant to s. 9 of the Act fails to meet the minimum impairment requirement of proportionality. The government is clearly justified in requiring the appellants to place warnings on tobacco packaging. For the reasons given with respect to the advertising ban, a lower level of constitutional scrutiny is not justified in deciding whether it was necessary to prohibit the appellants from attributing the message to the government and whether it was necessary to prevent the appellants from placing on their packaging any information other than that allowed by the regulations.

Per Lamer C.J. and Iacobucci J.: The Tobacco Products Control Act did not minimally impair the appellants' s. 2(b) Charter rights. An attenuated minimal impairment analysis could unduly dilute the s. 1 principles as originally cast in Oakes and related cases creating the risk that Charter violations would be too easily justified, with the result that Charter values would be too easily undercut.

The Act was rationally connected to its goal of protecting Canadians from the health risks associated with tobacco use. Rational connection is to be established, upon a civil standard, through reason, logic or common sense. The existence of scientific proof is simply of probative value in demonstrating this reason, logic or common sense but is by no means dispositive or determinative. The Act, however, was not "social engineering". Agreement was expressed with the approach described by La Forest J. relative to appellate court intervention on legislative or social facts found by a trial judge.

Minimal impairment analysis requires consideration of whether or not the legislature turned its mind to alternative and less rights-impairing means to promote its legislative goal. Here, evidence related to the options considered as alternatives to the total ban was withheld from the factual record. In cases like these involving wide public interest constitutional litigation, government should remain non-adversarial and make full dis-

vées par le profit. La volonté de faire un profit ne constitue pas une considération pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le gouvernement a établi que la loi est raisonnable ou justifiée en tant qu'atteinte à la liberté d'expression.

L'exigence de la non-attribution des mises en garde, prévue à l'art. 9 de la Loi, ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale de la proportionnalité. Le gouvernement est clairement justifié d'exiger des appelantes qu'elles apposent des mises en garde sur les emballages des produits du tabac. Pour les motifs exposés relativement à l'interdiction de publicité, il n'est pas justifié de procéder à une analyse constitutionnelle moins approfondie afin de décider s'il était nécessaire d'interdire aux appelantes d'attribuer le message au gouvernement et s'il était nécessaire de les empêcher d'apposer sur leur emballage des renseignements autres que ceux autorisés par règlement.

Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci: La Loi réglementant les produits du tabac ne constitue pas une atteinte minimale aux droits garantis aux appelantes par l'al. 2b) de la Charte. Une analyse assouplie de l'atteinte minimale risque de trop diluer les principes d'application de l'article premier par rapport à leur formulation initiale dans l'arrêt Oakes et les arrêts connexes, créant ainsi un risque que les violations de la Charte ne soient trop facilement justifiées et, de ce fait, que les valeurs protégées par la Charte ne soient trop facilement contrecarrées.

La Loi a un lien rationnel avec son objectif de protéger les Canadiens contre les méfaits de l'usage du tabac sur la santé. Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens, mais elle n'est en aucune façon déterminante. Toutefois, la Loi n'est pas une forme d'«ingénierie sociale». La méthode décrite par le juge La Forest relativement à l'intervention des cours d'appel en ce qui concerne les faits législatifs ou sociaux constatés par le juge de première instance est acceptée.

Dans l'analyse de l'atteinte minimale, il faut déterminer si le législateur a examiné d'autres mesures moins attentatoires pour atteindre l'objectif législatif en question. En l'espèce, des éléments de preuve concernant les options envisagées comme solutions de rechange à l'interdiction totale ont été supprimés du dossier de la preuve factuelle. Dans les cas où, comme en l'espèce, il s'agit d'un litige d'un grand intérêt public en matière

closure. The total prohibition on advertising (the full rights-impairing option) is only constitutionally acceptable if information is provided that such a total prohibition is necessary in order for the legislation to achieve a pressing and substantial goal. When the evidence is unclear whether a partial prohibition is as effective as a full prohibition, the *Charter* requires that the legislature enact the partial denial of the implicated *Charter* right. The tailoring required to meet minimal impairment was not significant and yet very necessary to the Act's being constitutional.

Section 9 of the Act, requiring the placing of unattributed health warnings, infringed s. 2(b) and was unjustifiable under s. 1 for the reasons of McLachlin J. Sections 4, 5, 6 and 8 should also be struck. Proof might exist for this total and absolute ban on advertising, but without it, there is no justifiable basis for this ban.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The infringement was justifiable under s. 1. Protecting Canadians from the health risks associated with tobacco use, and informing them about these risks, is a pressing and substantial objective. It meets the two broad criteria set forth in *Oakes*. First, its objective is of sufficient importance to override a guaranteed right. Second, it meets the proportionality requirements established in *Oakes*. These requirements are not synonymous with nor have they been superseded by those set forth in s. 1 of the *Charter*. The appropriate "test" is that found in s. 1 itself. The courts are to determine whether an infringement is reasonable and can be demonstrably justified in a "free and democratic society" and must strike a delicate balance between individual rights and community needs. This balance cannot be achieved in the abstract, with reference solely to a formalistic "test" uniformly applicable in all circumstances. The section 1 inquiry is an unavoidably normative inquiry, requiring the courts to take into account both the nature of the infringed right and the specific values and principles upon which the state seeks to justify the infringement. An important "synergetic relation" exists between *Charter* rights and the context in which they are claimed. The *Oakes* requirements therefore must be applied flexibly, having regard to the specific factual and social context of each case. A rigid or formalistic approach should be

constitutionnelle, le gouvernement ne devrait pas s'en tenir à un débat contradictoire et devrait faire une pleine divulgation. L'interdiction totale de publicité (l'option pleinement attentatoire aux droits) n'est acceptable du point de vue constitutionnel que s'il existe des renseignements établissant qu'une telle interdiction est nécessaire pour qu'un objectif urgent et réel de la loi soit atteint. Si la preuve ne permet pas d'établir clairement si une interdiction partielle est aussi efficace qu'une interdiction totale, la *Charte* exige que le législateur opte pour la mesure qui constitue une atteinte partielle au droit qui y est garanti. Les adaptations qui s'imposent pour satisfaire au critère de l'atteinte minimale ne sont pas importantes, mais elles sont tout à fait nécessaires pour rendre la loi constitutionnelle.

L'article 9 de la Loi, qui exige l'apposition de messages non attribués, viole l'al. 2b) et n'est pas justifiable en vertu de l'article premier pour les motifs formulés par le juge McLachlin. Les articles 4, 5, 6 et 8 devraient aussi être annulés. Il existe peut-être une preuve appuyant cette interdiction totale et absolue de la publicité, mais sans cette preuve, l'interdiction n'est pas justifiable.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: La violation était justifiable en vertu de l'article premier. Protéger les Canadiens contre les conséquences néfastes du tabac sur la santé et les sensibiliser à ces conséquences constitue un objectif urgent et réel. Cette mesure satisfait aux deux critères généraux énoncés dans *Oakes*. Premièrement, son objectif est suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti. Deuxièmement, cet objectif répond aux exigences de la proportionnalité formulées dans *Oakes*. Ces exigences ne sont pas comparables à celles applicables à l'article premier de la *Charte* ni ne les ont remplacées. Le «critère» approprié se trouve dans l'article premier même. Les tribunaux doivent déterminer si la limite est raisonnable et si elle peut se démontrer dans le cadre d'une «société libre et démocratique», et ils doivent établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l'abstrait, à partir seulement d'un «critère» formaliste qui s'appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L'examen fondé sur l'article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu'ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels l'État tente de justifier la violation. Il existe un important «rapport synergique» entre les droits garantis par la *Charte* et le contexte de l'instance particulière. Les exigences formulées dans *Oakes* doivent donc être appliquées avec souplesse en tenant

avoided in order to overcome the risk of losing sight of this relation.

The evidentiary requirements under s. 1 vary substantially depending upon both the nature of the legislation and the nature of the right infringed. Here, both these contextual elements were highly relevant to a proper application of the s. 1 analysis. The application of a "rigorous" civil standard of proof below resulted in a failure to take into account the specific context in which the s. 1 balancing must take place.

The nature and scope of the health problems raised by tobacco consumption are highly relevant to the s. 1 analysis, both in determining the appropriate standard of justification and in weighing the relevant evidence. Despite the lack of definitive scientific explanations of the causes of tobacco addiction, clear evidence does exist of the detrimental social effects of tobacco consumption. Overwhelming evidence was introduced at trial that tobacco consumption is a principal cause of deadly cancers, heart disease and lung disease, and that tobacco is highly addictive. The most distressing aspect of the evidence is that tobacco consumption is most widespread among the most vulnerable, the young and the less educated, at whom much of the advertising is specifically directed.

The significant gap between an understanding of the health effects of tobacco consumption and of the root causes of tobacco consumption raises a fundamental institutional problem that must be taken into account in undertaking the s. 1 balancing. Strictly applying the proportionality analysis in cases of this nature would place an impossible onus on Parliament by requiring it to produce definitive social scientific evidence respecting the root causes of a pressing area of social concern whenever Parliament wished to address its effects. This would have the effect of virtually paralyzing the operation of government in the socio-economic sphere. To require Parliament to await definitive social science conclusions whenever it wishes to make social policy would impose an unjustifiable and unrealistic limit on legislative power.

compte du contexte factuel et social particulier de chaque cas. Il faut éviter d'utiliser une méthode rigide ou formaliste si l'on veut écarter le risque qu'il ne soit pas tenu compte de ce rapport.

Les exigences en matière de preuve sous le régime de l'article premier varient beaucoup en fonction de la nature de la loi et du caractère du droit atteint. En l'espèce, ces deux éléments contextuels sont fort pertinents pour une bonne application de l'analyse fondée sur l'article premier. L'application «rigoureuse» du fardeau de la preuve en matière civile par les instances inférieures a fait en sorte que l'on n'a pas tenu compte du contexte spécifique dans lequel doit se dérouler la pondération en vertu de l'article premier.

La nature et l'étendue des problèmes de santé reliés à l'usage du tabac sont tout à fait pertinents pour l'analyse fondée sur l'article premier, tant aux fins de la détermination du critère approprié de justification que dans l'appréciation de la preuve pertinente. Malgré l'absence d'explications scientifiques concluantes des causes de la dépendance au tabac, il existe des éléments de preuve clairs sur les effets sociaux préjudiciables de l'usage du tabac. On a présenté en première instance une preuve abondante établissant que l'usage du tabac est une cause principale de cancers, de maladies cardiaques et de maladies pulmonaires entraînant la mort, et que le tabac crée une forte dépendance. L'aspect le plus troublant de la preuve est que l'usage du tabac est plus répandu chez les personnes les plus vulnérables, soit les jeunes et les personnes moins instruites, vers qui une grande partie de la publicité est expressément dirigée.

L'écart important entre ce que nous comprenons des effets de l'usage du tabac sur la santé et des principales causes de cet usage soulève un problème institutionnel fondamental dont il faut tenir compte dans la pondération effectuée en application de l'article premier. Une application stricte de l'analyse de la proportionnalité dans les affaires de cette nature imposerait un fardeau impossible au Parlement puisqu'il serait alors tenu de produire des éléments de preuve socio-scientifiques concluants relativement aux causes fondamentales d'un problème urgent d'intérêt social chaque fois qu'il désire s'attaquer à ses effets. Cela aurait pour effet de pratiquement paralyser le fonctionnement de l'appareil gouvernemental dans la sphère socio-économique. Si l'on exigeait du Parlement qu'il attende les données concluantes des études dans le domaine des sciences humaines chaque fois qu'il désire adopter une politique sociale, on restreindrait la compétence législative de façon injustifiable et irréaliste.

The Court has recognized that the *Oakes* standard of justification should be attenuated when institutional constraints analogous to those in the present cases arise. Although courts are specialists in the protection of liberty and the interpretation of legislation and are, accordingly, well placed to subject criminal justice legislation to careful scrutiny — that is not so in the sphere of policy-making. Policy-making is a role properly assigned to elected parliamentarians who have the necessary institutional resources to enable them to compile and assess social science evidence, to mediate between competing social interests and to reach out and protect vulnerable groups. In according a greater degree of deference to social legislation than to ordinary criminal justice legislation, the courts recognize these important institutional differences. The Act in issue is the type of legislation generally accorded a high degree of deference and the considerations addressed in *Irwin Toy* and *McKinney* are applicable.

Expression, depending on its nature, is entitled to varying levels of constitutional protection and requires a contextual, as opposed to an abstract, approach. Although freedom of expression is a fundamental value, other fundamental values are also deserving of protection and consideration by the courts. When these values come into conflict, the courts must make choices based not upon abstract analysis, but upon a concrete weighing of the relative significance of each of the relevant values in our community in the specific context. Freedom of expression claims must be weighed in light of their relative connection to a set of even more fundamental or core values which include the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process. State action placing such values in jeopardy is subject to a searching degree of scrutiny. Where the expression in question is farther from the “core” of freedom of expression values, a lower standard of justification may be applied.

The harm engendered by tobacco and the profit motive underlying its promotion place this form of expression as far from the “core” of freedom of expression values as prostitution, hate-mongering and pornography. Its sole purpose is to promote the use of a product that is harmful and often fatal to the consumer by sophisticated advertising campaigns often specifically

La Cour a reconnu qu'il y aurait lieu d'assouplir le critère de justification formulé dans *Oakes* en présence de contraintes institutionnelles semblables à celles qui existent en l'espèce. Bien que les tribunaux soient des spécialistes de la protection de la liberté et de l'interprétation des lois et que, par conséquent, ils soient bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle, ce n'est pas le cas dans le domaine de l'élaboration des politiques. Ce dernier rôle incombe aux parlementaires élus, qui disposent des ressources institutionnelles nécessaires pour recueillir et examiner la documentation en matière de sciences humaines, arbitrer entre des intérêts sociaux opposés et assurer la protection des groupes vulnérables. Lorsqu'ils font preuve d'une plus grande retenue à l'égard des lois à caractère social qu'à l'égard des lois ordinaires en matière de justice criminelle, les tribunaux reconnaissent ces différences institutionnelles importantes. La Loi est le type de loi envers laquelle on fait généralement preuve d'une grande retenue, et les considérations examinées dans les arrêts *Irwin Toy* et *McKinney* sont applicables.

L'expression, selon sa nature, pourra bénéficier de divers degrés de protection constitutionnelle et l'on doit recourir à une méthode contextuelle, et non abstraite. Bien que la liberté d'expression soit une valeur fondamentale, il en existe d'autres qui méritent aussi d'être protégées et examinées par les tribunaux. En cas de conflit entre ces valeurs, les tribunaux sont appelés à faire des choix fondés non pas sur une analyse abstraite, mais sur une appréciation concrète de l'importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question. Les demandes touchant la liberté d'expression doivent être examinées en fonction du lien relatif qu'elles ont avec des valeurs encore plus fondamentales, dont la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique. Lorsque les mesures gouvernementales menacent ces valeurs, elles doivent être examinées rigoureusement. Lorsque l'expression en cause s'écarte beaucoup de l'«essence» des valeurs de la liberté d'expression, le critère de justification appliqué peut être moins rigide.

Les maux engendrés par le tabac et la volonté de faire des profits qui en sous-tend la promotion placent cette forme d'expression aussi loin du «cœur» des valeurs de la liberté d'expression que la prostitution, la fomentation de la haine ou la pornographie. Son seul but est de promouvoir, par des campagnes de publicité subtiles visant souvent expressément les jeunes et les plus vulnérables,

aimed at the young and most vulnerable. This form of expression must then be accorded a very low degree of protection under s. 1 and an attenuated level of justification is appropriate. The Attorney General need only demonstrate that Parliament had a rational basis for introducing the measures contained in this Act.

The reliance on the trial judge's finding need not be adopted. An appellate court generally may only interfere with the factual findings of a trial judge where the trial judge made a manifest error and where that error influenced the trial judge's final conclusion or overall appreciation of the evidence. The trial judge's factual findings in these cases, however, were not of the type that fall within the general rule of appellate "non-interference". The privileged position of the trial judge to appreciate and weigh adjudicative facts does not extend to the assessment of "social" or "legislative" facts that arise in the law-making process. The trial judge's factual findings concerning the connection between tobacco advertising and consumption were therefore entitled to minimal deference.

The legislative means chosen under the Act must be rationally connected to the objective of protecting public health by reducing tobacco consumption, not according to a civil standard of proof, but only to the extent that there was a reasonable basis for believing such connection. A rational connection obviously exists between a prohibition on the distribution of free samples of tobacco products under s. 7 and the protection of public health. One also exists between the prohibition on advertising and promotion of tobacco products under ss. 4, 5, 6, and 8 and the objective of reducing tobacco consumption. Notwithstanding the want of a definitive study connecting tobacco advertising and tobacco consumption, sufficient evidence was adduced at trial to conclude that the objective of reducing tobacco consumption is logically furthered by the prohibition on tobacco advertising and promotion under the Act. The large advertising budgets of the tobacco companies of themselves suggest that advertising not only helps to maintain brand loyalty but also to increase consumption and to induce smokers not to quit. The government's concern with the health effects of tobacco can quite reasonably extend to both potential smokers and current smokers who would prefer to quit but cannot. Three categories of evidence capable of substantiating this rational connection were disregarded at trial: internal tobacco marketing documents, expert reports, and international materials. The internal marketing documents

l'usage d'un produit qui est nocif, voire souvent fatal, pour le consommateur. Cette forme d'expression n'a alors droit qu'à une faible protection en vertu de l'article premier et l'on doit faire preuve de souplesse dans la justification au regard de l'article premier. Le procureur général n'a qu'à établir que le Parlement avait un motif rationnel de déposer les mesures contenues dans la Loi.

Il n'y a pas lieu d'adopter les conclusions du juge de première instance. En règle générale, une cour d'appel ne peut modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance, sauf si celui-ci a commis une erreur manifeste qui a influencé sa conclusion définitive ou encore son appréciation globale de la preuve. Toutefois, en l'espèce, les conclusions de fait du juge de première instance n'étaient pas du type de celles qui seraient visées par la règle générale de «non-intervention» en appel. La situation privilégiée du juge de première instance lorsqu'il apprécie et pondère les faits en litige ne s'étend pas à l'évaluation des faits «sociaux» ou «législatifs» qui se rattachent au processus législatif. Les conclusions de fait du juge de première instance relativement au lien entre la publicité en faveur des produits du tabac et l'usage du tabac devaient donc faire l'objet d'une retenue minimale.

Les moyens législatifs choisis doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif de protéger la santé publique par la réduction de l'usage du tabac, qui n'a pas à être établi selon les règles de preuve en matière civile, mais seulement dans la mesure où il y a des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un tel lien. Il existe manifestement un lien rationnel entre l'interdiction, en vertu de l'art. 7, de distribuer des échantillons gratuits de produits du tabac et la protection de la santé publique. Il en existe un également entre l'interdiction de publicité et de promotion en faveur des produits du tabac, en vertu des art. 4, 5, 6 et 8, et l'objectif de réduire la consommation du tabac. Malgré l'absence d'une étude concluante sur le lien entre la publicité des produits du tabac et leur usage, une preuve suffisante a été présentée au procès pour conclure que la Loi sert logiquement l'objectif de réduire l'usage des produits du tabac par la prohibition de la publicité et de la promotion. Les budgets de publicité considérables des compagnies de tabac démontrent en soi que la publicité aide non seulement à préserver la fidélité aux marques, mais aussi à accroître la consommation et à inciter les fumeurs à ne pas cesser de fumer. La préoccupation du gouvernement quant aux effets des produits du tabac sur la santé peut très raisonnablement s'étendre non seulement aux fumeurs potentiels, mais aussi aux fumeurs actuels qui voudraient cesser de fumer, mais qui ne le peuvent pas. Trois catégories d'éléments de preuve qui

introduced at trial strongly suggest that the tobacco companies perceive advertising to be a cornerstone of their strategy to reassure current smokers and expand the market by attracting new smokers, primarily among the young. The expert reports introduced at trial attest, at the very least, to the existence of a "body of opinion" supporting the existence of a causal connection between advertising and consumption. It is also significant that by 1990, over 40 countries had adopted measures to restrict or prohibit tobacco advertising.

For the reasons discussed throughout the s. 1 analysis, the legislative means chosen impair the right in question as little as possible, notwithstanding the fact that it imposes a complete prohibition on tobacco advertising and promotion rather than a partial one. The relevance of context is important in s. 1 balancing, particularly at the minimal impairment stage, because it does not require that the least intrusive measures be used but only that the measures employed were the least intrusive in light of both the legislative objective and the infringed right. The measures taken here to control tobacco products, given the legislative context and the fact that this profit-generated type of expression is far from the "core" of the freedom of expression, satisfied the *Oakes* minimal impairment requirement. While a complete prohibition on a type of expression is more difficult to justify than a partial prohibition, ample evidence was adduced at trial to demonstrate the government's decision that a full prohibition on advertising was justified and necessary. The measures were the product of an intensive 20-year period of experimenting with less intrusive measures with the cooperation of the provinces and expensive consultation with an array of national and international health groups. Over the course of this period the government adopted a variety of less intrusive measures before determining a full prohibition on advertising was necessary. Parallel developments in the international community have taken place. There has been overwhelming legislative and judicial acceptance of this type of prohibition by other democratic countries. Where governments have instituted partial prohibitions, tobacco companies have devised ingenious tactics to

auraient pu étayer l'existence de ce lien rationnel ont été écartées en première instance, savoir: les documents internes de commercialisation des produits du tabac, les rapports d'experts et les documents internationaux. Les documents de commercialisation internes déposés lors du procès donnent fortement à entendre que les compagnies de tabac perçoivent la publicité comme la pierre angulaire de leur stratégie visant à rassurer les fumeurs actuels et à étendre le marché en attirant de nouveaux fumeurs, principalement chez les jeunes. Les rapports d'experts attestent, à tout le moins, la présence d'un «corps d'opinions» appuyant l'existence d'un lien causal entre publicité et consommation. Il est également intéressant de constater qu'en 1990, plus de 40 pays avaient adopté des mesures visant à restreindre ou à interdire la publicité en faveur du tabac.

Pour les motifs exprimés tout au long de l'analyse fondée sur l'article premier, les moyens choisis par le législateur portent le moins possible atteinte au droit en question, malgré le fait qu'ils imposent une interdiction complète de la publicité et de la promotion des produits du tabac plutôt qu'une interdiction partielle. La pertinence du contexte dans une pondération en vertu de l'article premier est importante, particulièrement à l'étape du critère de l'atteinte minimale, car cette exigence n'oblige pas à prendre les mesures les moins attentatoires, mais seulement à ce que les mesures utilisées soient les moins attentatoires compte tenu tant de l'objectif législatif que du droit violé. Étant donné le contexte législatif et le fait que ce genre d'expression axé sur la réalisation de profits soit loin du «cœur» de la liberté d'expression, les mesures prises pour réglementer les produits du tabac satisfont à l'exigence de l'atteinte minimale énoncée dans *Oakes*. Bien qu'une interdiction totale d'un type d'expression soit plus difficile à justifier qu'une interdiction partielle, une preuve volumineuse a été déposée en première instance établissant que la décision du gouvernement d'établir une interdiction complète de la publicité était justifiable et nécessaire. Les mesures sont le résultat d'une période intensive de recherche sur des mesures moins attentatoires, qui s'est poursuivie pendant 20 ans, et a demandé la collaboration des provinces et de longues consultations auprès d'une multitude de groupes du domaine de la santé sur les plans tant national qu'international. Au cours de cette période, le gouvernement a adopté toute une gamme de mesures moins attentatoires avant de déterminer qu'il était nécessaire d'interdire complètement la publicité. Des développements parallèles sont survenus dans la communauté internationale. D'autres pays démocratiques ont donné une acceptation générale à ce type d'interdiction sur les plans tant législatifs que

circumvent them. International health organizations support this kind of prohibition.

A proportionality must exist between the deleterious and the salutary effects of the measures. The legislative objective of reducing the number of direct inducements for Canadians to consume these products outweighs the limitation on tobacco companies to advertise inherently dangerous products for profit.

While a legitimate concern was raised with respect to the effect of governmental claims to confidentiality in constitutional cases, the action of the government in these cases was not fatal. The evidence was overwhelming that the prohibition was a reasonable one.

Compelling the tobacco companies to place unattributed health messages on tobacco packages does not infringe their freedom of expression. These messages cannot be taken as being an opinion endorsed by the tobacco companies. They are rather a requirement imposed by government as a condition of participating in a legislated activity. Even if they may infringe a form of expression protected by s. 2(b), they were fully justifiable under s. 1. The warnings do nothing more than bring the dangerous nature of these products to the attention of the consumer. They have no political, social or religious content. Any concern arising from the tobacco companies' being prevented from printing on their packaging the opinion that tobacco products are not harmful, even if it is a technical infringement of their rights, was easily outweighed by the pressing health concerns raised by tobacco consumption, especially to children. The *Charter* does not require the elimination of "minuscule" constitutional burdens, and legislative action that increases the costs of exercising a right should not be invalidated if the burden is "trivial". Here, the only cost associated with the unattributed health warning requirement was a potential reduction in profits; manufacturers of dangerous products can reasonably be expected to bear this cost.

Disposition

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Sections 4, 8 and 9, and ss. 5 and 6

judiciaires. Dans les pays où les gouvernements ont imposé des interdictions partielles, les compagnies de tabac ont trouvé d'ingénieuses tactiques pour les contourner. Les organismes internationaux de la santé appuient ce genre d'interdiction.

Il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques des mesures. L'objet législatif de réduire le nombre d'incitations directes faites aux Canadiens de consommer ces produits l'emporte sur la restriction imposée aux compagnies de tabac de faire de la publicité, à des fins de profit, en faveur de produits intrinsèquement dangereux.

Bien qu'une préoccupation légitime ait été soulevée relativement à l'effet des demandes gouvernementales en matière de confidentialité dans les affaires constitutionnelles, l'activité gouvernementale en l'espèce n'était pas fatale. Il y a une preuve abondante que l'interdiction était raisonnable.

Forcer les compagnies de tabac à placer sur les emballages de produits du tabac des mises en garde non attribuées ne constitue pas une violation de leur liberté d'expression. Ces messages ne peuvent être considérés comme une opinion à laquelle souscrivent les compagnies de tabac. Il s'agit plutôt d'une exigence imposée par le gouvernement comme condition de la participation à une activité réglementée. Même s'ils peuvent porter atteinte à une forme d'expression protégée par l'al. 2b), ils étaient tout à fait justifiables au regard de l'article premier. Les mises en garde ne font rien de plus que d'attirer l'attention des consommateurs sur la nature dangereuse de ces produits. Elles n'ont aucun contenu politique, social ou religieux. Toute inquiétude engendrée par l'interdiction imposée aux compagnies de tabac d'imprimer sur leurs emballages leur opinion selon laquelle les produits du tabac ne sont pas dangereux, même s'il s'agit d'une violation de pure forme de leurs droits, ne fait pas le poids devant les préoccupations pour la santé, surtout des enfants, que fait surgir la consommation du tabac. La *Charte* n'exige pas l'élimination des «infimes» incon vénients affectant des droits constitutionnels, et une loi qui accroît le coût de l'exercice d'un droit ne doit pas être invalidée si l'inconvénient est «négligeable». En l'espèce, le seul coût lié à l'exigence d'une mise en garde non attribuée est une possible réduction des bénéfices; on peut raisonnablement s'attendre à ce que ce coût soit supporté par les fabricants de produits dangereux.

Dispositif

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: Les articles 4, 8 et 9, et

which are not severable from them, are of no force or effect under s. 52 of the Constitution Act, 1982. Iacobucci J., while declaring the impugned legislation inoperable, would have made a suspensive declaration of invalidity of one year and Cory J., had he found the impugned legislation inoperable, would have agreed with Iacobucci J. in this respect.

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin and Major JJ.: Sections 4, 8 and 9 of the *Tobacco Products Control Act* constitute unjustified infringements on free expression and cannot be severed cleanly from other provisions dealing with promotion and trade mark usage, ss. 5 or 6. Sections 4, 5, 6, 8, and 9 are inconsistent with the *Charter* and hence are of no force or effect by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Per Iacobucci J.: A suspensive declaration of invalidity of one year should be made. Immediately striking down the legislation would permit the tobacco companies the untrammelled ability to advertise until minimally impairing legislation is drafted; the suspensive veto would permit the government to design such legislation while the *status quo* remains in force.

Per Cory J.: If the impugned legislation were inoperable, agreement was expressed for the reasons of Iacobucci J. that a suspensive declaration of invalidity of one year be made.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084.

les art. 5 et 6 qui ne peuvent en être dissociés, sont inopérants en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982. Bien qu'il déclare les dispositions contestées inopérantes, le juge Iacobucci, aurait rendu un jugement déclaratoire suspendant l'invalidité pour un an, et le juge Cory, s'il avait conclu que les dispositions contestées étaient inopérantes, aurait été d'accord avec le juge Iacobucci sur ce point.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin et Major: Les articles 4, 8 et 9 de la *Loi réglementant les produits du tabac* constituent des atteintes injustifiées à la liberté d'expression et ne peuvent être nettement dissociés des autres dispositions qui traitent de promotion et d'usage des marques, les art. 5 ou 6. Les articles 4, 5, 6, 8 et 9 sont incompatibles avec la *Charte* et sont, de ce fait, inopérants en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le juge Iacobucci: Il y aurait lieu d'ordonner une suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an. L'annulation immédiate de la loi aurait pour effet de permettre aux compagnies de tabac de mener librement des campagnes publicitaires jusqu'à l'établissement d'une loi satisfaisant au critère de l'atteinte minimale; le veto suspensif permettrait au gouvernement de procéder à l'élaboration d'une telle loi et au statu quo de demeurer en vigueur.

Le juge Cory: Si les dispositions contestées étaient inopérantes, les motifs du juge Iacobucci concernant une suspension de l'effet de l'invalidité pour une période d'un an sont acceptés.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *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. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084.

By Iacobucci J.

Referred to: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

By Major J.

Referred to: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Reference Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Standard Sausage Co. v. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501, supplemented by addendum at [1934] 1 D.L.R. 706; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Cosman's Furniture*

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89.

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Goodyear Tire and Rubber Co. c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501, complété par des motifs additionnels publiés à [1934] 1 D.L.R. 706; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1

- (1972) Ltd. (1976), 32 C.C.C. (2d) 345; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368; *Campbell v. The Queen*, [1965] S.C.R. vii; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Dunagin v. City of Oxford, Mississippi*, 718 F.2d 738 (5th Cir. 1983) (*en banc*), cert. denied, 467 U.S. 1259 (1984); *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Oklahoma Telecasters Ass'n v. Crisp*, 699 F.2d 490 (1983), rev'd on other grounds *sub nom. Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp*, 467 U.S. 691 (1984); *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. c. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368; *Campbell c. The Queen*, [1965] R.C.S. vii; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Dunagin c. City of Oxford, Mississippi*, 718 F.2d 738 (5th Cir. 1983) (*en banc*), cert. refusé, 467 U.S. 1259 (1984); *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Central Hudson Gas & Electric Corp. c. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Oklahoma Telecasters Ass'n c. Crisp*, 699 F.2d 490 (1983), inf. pour d'autres motifs *sub nom. Capital Cities Cable, Inc. c. Crisp*, 467 U.S. 691 (1984); *Metromedia, Inc. c. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981); *Posadas de Puerto Rico Associates c. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

Statutes and Regulations Cited

- Act Respecting the Protection of Non-Smokers in Certain Public Places*, R.S.Q., c. P-38.01.
- Act to amend the Excise Act, the Customs Act and the Tobacco Sales to Young Persons Act*, S.C. 1994, c. 37.
- Act to Protect the Health of Non-smokers*, S.M. 1990, c. S125.
- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b).
- Constitution Act, 1867*, Preamble, ss. 91(27), 92(13), (16).
- Hazardous Products Act*, R.S.C., 1985, c. H-3, ss. 2 [rep. & sub., c. 24 (3rd. Supp.)], s. 1], 4 [idem], 5 [idem], 15 [idem].
- Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281.
- Minors Tobacco Act*, R.S.S. 1965, c. 381.
- Non-smokers' Health Act*, S.C. 1988, c. 21.
- Tobacco Access Act*, S.N.S. 1993, c. 14.
- Tobacco Control Act*, S.N. 1993, c. T-4.1.
- Tobacco Control Act, 1994*, S.O. 1994, c. 10.
- Tobacco Product Act*, R.S.B.C. 1979, c. 403 [am. S.B.C. 1992, c. 81].
- Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20, ss. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 17, 18, 19.
- Tobacco Products Control Regulations, amendment*, SOR/93-389, s. 11.
- Tobacco Sales Act*, S.N.B. 1993, c. T-6.1.
- Tobacco Sales to Minors Act*, S.P.E.I. 1991, c. 44.
- Tobacco Sales to Young Persons Act*, S.C. 1993, c. 5.

Authors Cited

- Canada. Health and Welfare Canada. *Canadian Initiatives in Smoking and Health*. Ottawa: 1983.
- Canada. Health and Welfare Canada. Health Protection Branch. Bureau of Chronic Disease Epidemiology. Surveillance & Risk Assessment Division. Report by Donald T. Wigle. *Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective*. Ottawa: 1989.
- Canada. Health and Welfare Canada. National Program to Reduce Tobacco Use. "Directional paper of the national program to reduce tobacco use in Canada".

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b).
- Loi constitutionnelle de 1867*, préambule, art. 91(27), 92(13), (16).
- Loi de 1994 sur la réglementation de l'usage du tabac*, L.O. 1994, ch. 10.
- Loi modifiant la Loi sur l'accise, la Loi sur les douanes et la Loi sur la vente du tabac aux jeunes*, L.C. 1994, ch. 37.
- Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20, art. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 17, 18, 19.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39.
- Loi sur la protection de la santé des non-fumeurs*, L.M. 1990, ch. S125.
- Loi sur la protection des non-fumeurs dans certains lieux publics*, L.R.Q., ch. P-38.01.
- Loi sur la santé des non-fumeurs*, L.C. 1988, ch. 21.
- Loi sur la vente du tabac aux jeunes*, L.C. 1993, ch. 5.
- Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. (1985), ch. H-3, art. 2 [abr. & rempl., ch. 24 (3^e suppl.), art. 1], 4 [idem], 5 [idem], 15 [idem].
- Loi sur les ventes de tabac*, L.N.-B. 1993, ch. T-6.1.
- Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 281.
- Minors Tobacco Act*, R.S.S. 1965, ch. 381.
- Règlement sur les produits du tabac — Modification*, DORS/93-389, art. 11.
- Tobacco Access Act*, S.N.S. 1993, ch. 14.
- Tobacco Control Act*, S.N. 1993, ch. T-4.1.
- Tobacco Product Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 403 [mod. S.B.C. 1992, ch. 81].
- Tobacco Sales to Minors Act*, S.P.E.I. 1991, ch. 44.

Doctrine citée

- Assemblée mondiale de la santé. Résolution de l'Assemblée Mondiale de la Santé WHA39.14. Mai 1986. WHA39/1986/REC/1, 14.
- Assemblée mondiale de la santé. Résolution de l'Assemblée Mondiale de la Santé WHA43.16. Mai 1990. WHA43/1990, 16.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales. *Rapport du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales sur l'usage du tabac et de la cigarette*. Présenté par M. Gaston Isa-

- Appendix in *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Health and Welfare Canada. National Program to Reduce Tobacco Use. *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Health and Welfare Canada. Tobacco Products Unit. Report by Roberta G. Ferrence. *Trends in Tobacco Consumption in Canada, 1900-1987*. Ottawa: 1989.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. IX, 2nd Sess., 33rd Parl., November 23rd, 1987, p. 11042.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs. *Report of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs on Tobacco and Cigarette Smoking*. Presented by M. Gaston Isabelle, Chairman, Session 1969-70. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Chapman, Simon and Bill Fitzgerald. "Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers: Some Implications for Health Promotion" (1982), *72 Am. J. Pub. Health* 491.
- Collinshaw, Neil E., Walter Tostowaryk and Donald T. Wigle. "Mortality Attributable to Tobacco Use in Canada" (1988), *79 Can. J. Pub. Health* 166.
- European Commission. *Official Journal of the European Communities*. Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on the authorized advertising of tobacco products in the press and by means of bills and posters. (90/C 116/05).
- European Commission. *Official Journal of the European Communities*. Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on advertising of tobacco products. (91/C 167/03).
- European Commission. *Official Journal of the European Communities*. Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on the approximation of Member States' laws, regulations and administrative provisions on advertising for tobacco products. (92/C 129/04).
- European Council. *Official Journal of the European Communities*. Council Directive of 3 October 1989. (89/552/EEC).
- European Council. *Official Journal of the European Communities*. Council Directive of 13 November 1989. (89/622/EEC). Amended by Council Directive of 15 May 1992. (92/41/EEC).
- Gorn, Gerald J. and Renée Florsheim. "The Effects of Commercials for Adult Products on Children" (1985), *11 J. Consumer Res.* 962.
- Hagan, John. "Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence belle, président, Session 1969-70. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 2^e sess., 33^e Lég., le 23 novembre 1987, p. 11042.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Document d'orientation du programme national de lutte contre le tabagisme au Canada. Programme national de lutte contre le tabagisme. Annexe du *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Direction générale de la protection de la santé. Bureau de l'épidémiologie des maladies chroniques. Division de la surveillance et de l'évaluation des risques. Rapport par Donald T. Wigle. *Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective*. Ottawa: 1989.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. *Initiatives canadiennes en matière de santé et de lutte contre l'usage du tabac*. Ottawa: 1983.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. National Program to Reduce Tobacco. *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Tobacco Products Unit. Rapport par Roberta G. Ferrence. *Trends in Tobacco Consumption in Canada 1900-1987*. Ottawa: 1989.
- Chapman, Simon and Bill Fitzgerald. «Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers: Some Implications for Health Promotion» (1982), *72 Am. J. Pub. Health* 491.
- Collinshaw, Neil E., Walter Tostowaryk and Donald T. Wigle. «Mortality Attributable to Tobacco Use in Canada» (1988), *79 Can. J. Pub. Health* 166.
- Commission européenne. *Journal officiel des Communautés européennes*. Actes préparatoires. Proposition modifiée de directive du Conseil en matière de publicité autorisée par voie de presse et d'affiches en faveur des produits du tabac. (90/C 116/05).
- Commission européenne. *Journal officiel des Communautés européennes*. Actes préparatoires. Amended proposal for a Council Directive on advertising of tobacco products. (91/C 167/03).
- Commission européenne. *Journal officiel des Communautés européennes*. Actes préparatoires. Amended proposal for a Council Directive on the approximation of Member States' laws, regulations and administrative provision on advertising for tobacco products. (92/C 129/04).
- Conseil européen. *Journal officiel des Communautés européennes*. Directive du Conseil le 3 octobre 1989. (89/552/CEE).

- in Constitutional Litigation". In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 213.
- Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Imasco Ltd. *Annual Report 1992*. Montreal: Imasco Ltd., 1992.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. I: *A Behavioural Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. II: *An Attitudinal Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. III: *Product Issues*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Joossens, Luc. "Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in some Western European Countries". In *Proceedings of the 5th World Conference on Smoking and Health*. Winnipeg: Canadian Council on Smoking and Health, 1983, 549.
- Morgan, Brian G. "Proof of Facts in Charter Litigation". In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 159.
- New Zealand. Toxic Substances Board. *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion*. Wellington: Publications Division, Government Printing Office, 1989.
- Rothschild, Michael L. *Advertising: From Fundamentals to Strategies*. Toronto: D. C. Heath, 1987.
- United Nations. Economic and Social Council. Resolution 1993/79. "Multisectoral collaboration on tobacco or health". Geneva, September 7, 1993. *Official Records of the Economic and Social Council, 1993, Supplement No. 1. (E/1993/93)*.
- United States of America. Department of Health and Human Services. *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health. DHHS Publication No. (CDC) 89-8411, Pre-publication version, January 11, 1989.
- United States of America. Department of Health and Human Services. *The Health Consequences of Smoking — Nicotine Addiction — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Health Promotion and Education, Office on Smoking and Health. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1988.
- Woolhandler, Ann. "Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts" (1988), 41 *Vand. L. Rev.* 111.
- Conseil européen. *Journal officiel des Communautés européennes*. Directive du Conseil le 13 Novembre 1989. (89/622/CEE). Modifiée par la directive du Conseil le 15 mai 1992 (92/41/CEE).
- Gorn, Gerald J. and Renée Florsheim. «The Effects of Commercials for Adult Products on Children», (1985), 11 *J. Consumer Res.*, 962.
- Hagan, John. «Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 213.
- Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Imasco Ltd. *Rapport annuel 1992*. Montréal: Imasco, 1992.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. I. *A Behavioural Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. II. *An Attitudinal Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. III. *Product Issues*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Joossens, Luc. «Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in some Western European Countries». In *Proceedings of the 5th World Conference on Smoking and Health*. Winnipeg: Canadian Council on Smoking and Health, 1983, 549.
- Morgan, Brian G. «Proof of Facts in Charter Litigation». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 159.
- Nations Unies. Conseil économique et social. Résolution 1993/79. «Multisectoral collaboration on tobacco or health». Geneva, September 7, 1993. *Official Records of the Economic and Social Council, 1993, Supplement No. 1. (E/1993/93)*.
- New Zealand. Toxic Substances Board. *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion*. Wellington: Publications Division, Government Printing Office, 1989.
- Rothschild, Michael L. *Advertising: From Fundamentals to Strategies*. Toronto: D. C. Heath, 1987.
- United States of America. Department of Health and Human Services. *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health. DHHS Publication No. (CDC) 89-8411, Pre-publication version, January 11, 1989.

World Health Assembly. World Health Assembly Resolution WHA39.14. May 1986. WHA39/1986/REC/1, 14.

World Health Assembly. World Health Assembly Resolution WHA43.16. May 1990. WHA43/1990, 16.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1993), 102 D.L.R. (4th) 289, [1993] R.J.Q. 375, 53 Q.A.C. 79, 48 C.P.R. (3d) 417, allowing appeals from judgments of Chabot J. (1991), 82 D.L.R. (4th) 449, [1991] R.J.Q. 2260, 37 C.P.R. (3d) 193, granting motions for declaratory judgment. Appeals allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. dissenting. The first constitutional question dealing with the legislative competence of Parliament to enact the legislation under the criminal law power or for the peace, order and good government of Canada should be answered in the positive. With respect to the second constitutional question, ss. 4 (re advertising), 8 (re trade mark use) and 9 (re unattributed health warnings) of the Act are inconsistent with the right of freedom of expression as set out in 2(b) of the *Charter* and do not constitute a reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof. La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. would find that they constitute a reasonable limit. Given that ss. 5 (re retail displays) and 6 (re sponsorships) could not be cleanly severed from ss. 4, 8 and 9, all are of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Colin K. Irving, Georges R. Thibaudeau and Douglas Mitchell, for the appellant RJR-MacDonald Inc.

L. Yves Fortier, Q.C., Simon V. Potter, Lyndon A. J. Barnes and Gregory Bordan, for the appellant Imperial Tobacco Ltd.

Alain Gingras, for the mis-en-cause the Attorney General of Quebec.

United States of America. Department of Health and Human Services. *The Health Consequences of Smoking — Nicotine Addiction — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Health Promotion and Education, Office on Smoking and Health. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1988.

Woolhandler, Ann. «Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts» (1988), 41 *Vand. L. Rev.* 111.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 375, (1993), 102 D.L.R. (4th) 289, 53 Q.A.C. 79, 48 C.P.R. (3d) 417, qui a accueilli des appels contre des décisions du juge Chabot, [1991] R.J.Q. 2260, (1991), 82 D.L.R. (4th) 449, 37 C.P.R. (3d) 193, qui avait accordé des requêtes en jugement déclaratoire. Pourvois accueillis, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont dissidents. La première question constitutionnelle sur la compétence du Parlement de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada reçoit une réponse positive. Pour ce qui est de la seconde question constitutionnelle, les art. 4 (la publicité), 8 (les marques) et 9 (les messages non attribués relatifs à la santé) de la Loi sont incompatibles avec le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte* et n'apportent pas une limite raisonnable à l'exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont d'avis qu'ils apportent une limite raisonnable. Vu que les art. 5 (commerce au détail) et 6 (parrainage) ne peuvent pas nettement être distingués des art. 4, 8 et 9, ils sont tous inopérants aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Colin K. Irving, Georges R. Thibaudeau et Douglas Mitchell, pour l'appelante RJR-MacDonald Inc.

L. Yves Fortier, c.r., Simon V. Potter, Lyndon A. J. Barnes et Gregory Bordan, pour l'appelante Imperial Tobacco Ltd.

Alain Gingras, pour le mis en cause le procureur général du Québec.

Claude Joyal, James Mabbutt, Q.C., Paul Évraire, Q.C., Yves Lebœuf and Johanne Poirier, for the respondent.

Tanya Lee, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Robert W. Cosman, Karl Delwaide and Richard B. Swan, for the interveners the Heart and Stroke Foundation of Canada, the Canadian Cancer Society, the Canadian Council on Smoking and Health, the Canadian Medical Association, and the Canadian Lung Association.

The following are the reasons delivered by

1 LAMER C.J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues. I am in agreement with the reasons of my colleague, Justice Iacobucci, but agree with my colleague, Justice McLachlin, as to the disposition.

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

2 LA FOREST J. (dissenting) — The issues in these appeals are whether the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 (the "Act"), falls within the legislative competence of the Parliament of Canada under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, either as criminal law or under the peace, order and good government clause, and if so whether it constitutes an infringement of freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which is not justified under s. 1 of the *Charter*. In broad terms, the Act prohibits, subject to specified exceptions, all advertising and promotion of tobacco products, and prohibits the sale of a tobacco product unless the package containing it sets forth prescribed health warnings and a list of the toxic constituents of the product and of the smoke produced from its combustion.

3 These proceedings began with two separate motions for declaratory judgments before the Quebec Superior Court. The appellant RJR - MacDonald Inc. ("RJR") seeks a declaration that the Act is wholly *ultra vires* the Parliament of Canada and

Claude Joyal, James Mabbutt, c.r., Paul Évraire, c.r., Yves Lebœuf et Johanne Poirier, pour l'intimé.

Tanya Lee, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Robert W. Cosman, Karl Delwaide et Richard B. Swan, pour les intervenants la Fondation des maladies du cœur du Canada, la Société canadienne du cancer, le Conseil canadien sur le tabagisme et la santé, l'Association médicale canadienne et l'Association pulmonaire du Canada.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues. Je suis d'accord avec les motifs de mon collègue, le juge Iacobucci, mais je souscris au dispositif de ma collègue, le juge McLachlin.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Les présents pourvois visent à déterminer si la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20 (la «Loi»), relève de la compétence du Parlement du Canada, conférée par l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement et, dans l'affirmative, si cette loi constitue une violation de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. En termes généraux, la Loi interdit, sous réserve de certaines exceptions, toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac ainsi que la vente de ces produits, sauf si leur emballage porte les mises en garde réglementaires ainsi qu'une liste des substances toxiques que le produit contient et qui sont dégagées par sa combustion.

La présente instance a commencé par deux requêtes distinctes en jugement déclaratoire devant la Cour supérieure du Québec. L'appelante RJR-MacDonald Inc. («RJR») demande que la Loi soit déclarée complètement *ultra vires* du Parlement du

invalid as an unjustified infringement of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The appellant Imperial Tobacco Ltd. ("Imperial") seeks the same order, but only in respect of ss. 4, 5, 6 and 8 of the Act. The two motions were heard together before Chabot J. of the Quebec Superior Court who rejected the Attorney General of Canada's contention that the Act was valid either as criminal law or under the peace, order and good government clause, and declared the whole of the Act *ultra vires* the Parliament of Canada. He further held the Act was of no force or effect as an unjustified infringement of s. 2(b) of the *Charter*. The Quebec Court of Appeal reversed this judgment. While upholding the judge's conclusion regarding the criminal law power, it unanimously held that the Act was *intra vires* Parliament as falling within the peace, order and good government clause and, by majority, that the infringement of s. 2(b) of the *Charter* was justified by s. 1 of that instrument. The minority judge would have held ss. 4, 5, 6 and 8 invalid under s. 2(b) of the *Charter*.

The appellants sought and were granted leave to appeal to this Court.

The Legislative Scheme

The Act, the long title of which is *An Act to prohibit the advertising and promotion and respecting the labelling and monitoring of tobacco products*, received Royal Assent on June 28, 1988 and came into force on January 1, 1989. The purpose of the Act is set out in s. 3, which reads:

3. The purpose of this Act is to provide a legislative response to a national public health problem of substantial and pressing concern and, in particular,

(a) to protect the health of Canadians in the light of conclusive evidence implicating tobacco use in the incidence of numerous debilitating and fatal diseases;

(b) to protect young persons and others, to the extent that is reasonable in a free and democratic society,

Canada et non valide du fait qu'elle constitue une violation injustifiée de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. L'appelante Imperial Tobacco Ltd. («Imperial») demande la même ordonnance, mais seulement relativement aux art. 4, 5, 6 et 8 de la Loi. Les deux requêtes ont été entendues en même temps par le juge Chabot de la Cour supérieure du Québec, qui a rejeté la prétention du procureur général du Canada quant à la validité de la Loi, que ce soit sous le chef du droit criminel ou en vertu de la clause pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement, et a déclaré toute la Loi *ultra vires* du Parlement du Canada. Il a par ailleurs affirmé que la Loi était inopérante du fait qu'elle constituait une violation injustifiée de l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Elle a confirmé la conclusion du juge de première instance quant à la compétence en matière de droit criminel, mais elle a conclu à l'unanimité que la Loi était *intra vires* du Parlement en tant que loi adoptée pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement et statué à la majorité que la violation de l'al. 2b) de la *Charte* pouvait se justifier en vertu de l'article premier. Le juge minoritaire aurait déclaré non valides les art. 4, 5, 6 et 8 au regard de l'al. 2b) de la *Charte*.

Les appelantes ont demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour.

Le régime législatif

La Loi, dont le titre intégral est *Loi interdisant la publicité en faveur des produits du tabac, réglementant leur étiquetage et prévoyant certaines mesures de contrôle*, a reçu la sanction royale le 28 juin 1988 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989. Son objet est formulé à l'art. 3:

3. La présente loi a pour objet de s'attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave, urgent et d'envergure nationale et, plus particulièrement:

a) de protéger la santé des Canadiennes et des Canadiens compte tenu des preuves établissant de façon indiscutable un lien entre l'usage du tabac et de nombreuses maladies débilitantes ou mortelles;

b) de préserver notamment les jeunes, autant que faire se peut dans une société libre et démocratique, des

from inducements to use tobacco products and consequent dependence on them; and

(c) to enhance public awareness of the hazards of tobacco use by ensuring the effective communication of pertinent information to consumers of tobacco products.

Section 3 thus states that Parliament's purpose in enacting the legislation is to address the "national public health problem of substantial and pressing concern" arising from the use of tobacco, by protecting young persons and others from inducements to use tobacco products, and by enhancing public awareness concerning the hazards of tobacco use. However, it is of significance to these appeals that, with the exception of a prohibition on the distribution of free samples of tobacco products under s. 7, the Act does not purport to proscribe the sale, distribution or use of tobacco products. Rather, as its long title indicates, the Act seeks to attain its purpose through the institution of a prohibition on the advertising and promotion of tobacco products offered for sale in Canada and through the institution of a requirement that manufacturers of tobacco products display health warnings on tobacco product packages.

6

In furtherance of the purpose set out in s. 3, Parliament has created a legislative scheme that targets three distinct categories of commercial activity: advertising, promotion and labelling. Sections 4 and 5 of the Act, which fall under the title "ADVERTISING", deal with the advertisement and display of tobacco products. Section 4 prohibits the advertisement, by publication, broadcast or otherwise, of tobacco products offered for sale in Canada. An exception to this prohibition is created by s. 4(3) and (4), which stipulate that the prohibition does not extend to foreign advertising in foreign publications imported into Canada or foreign broadcasts retransmitted in Canada, as long as those advertisements are not intended primarily for the purpose of promoting the sale of a tobacco product in Canada. Section 5 is directed to the retail display of tobacco products in retail establishments and vending machines. Section 5(1) stipulates that a retailer may expose tobacco products for sale and may post signs that indicate, other than by their brand names or trade marks, the

incitations à la consommation du tabac et du tabagisme qui peut en résulter;

c) de mieux sensibiliser les Canadiennes et les Canadiens aux méfaits du tabac par la diffusion efficace de l'information utile aux consommateurs de celui-ci.

Ainsi, l'art. 3 affirme que le législateur vise par cette loi à s'attaquer «à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave, urgent et d'envergure nationale» et qui découle de la consommation du tabac, en préservant notamment les jeunes des incitations à la consommation du tabac et en sensibilisant davantage les Canadiennes et les Canadiens aux méfaits du tabac. Cependant, pour les fins des présents pourvois, il importe de signaler que la Loi, à l'exception de l'interdiction de distribuer des échantillons de produits du tabac prévue à l'art. 7, n'a pas pour but d'interdire la vente, la distribution ou la consommation des produits du tabac. Elle vise plutôt, comme son titre intégral l'indique, à atteindre son objectif en interdisant la publicité et la promotion en faveur des produits du tabac mis en vente au Canada et en exigeant que les fabricants de produits du tabac apposent des mises en garde sur leurs emballages.

Pour atteindre l'objectif visé à l'art. 3, le législateur a créé un régime législatif qui vise trois catégories distinctes d'activité commerciale: la publicité, la promotion et l'étiquetage. Les articles 4 et 5 de la Loi, sous la rubrique «PUBLICITÉ», portent sur la publicité et la présentation des produits du tabac. En vertu de l'art. 4, il est interdit de diffuser, notamment par la presse ou la radio-télévision, de la publicité en faveur d'un produit du tabac mis en vente au Canada. Les paragraphes 4(3) et (4) créent une exception à cette interdiction et prévoient que l'interdiction ne s'applique pas à la publicité dans des publications étrangères importées au Canada ou à la retransmission d'émissions de l'étranger dans la mesure où cette publicité n'est pas faite dans le but, principalement, de promouvoir la vente d'un produit du tabac au Canada. L'article 5 porte sur la présentation des produits du tabac dans l'établissement du détaillant et dans les distributeurs automatiques. Le paragraphe 5(1) prévoit qu'un détaillant peut exposer des produits du tabac pour la vente et signaler

tobacco products offered for sale on the premises. Section 5(2) permits the operation of tobacco vending machines, and the identification of products and prices on the exterior of the machines.

Sections 6 to 8 of the Act fall under the title "PROMOTION", and deal with various direct and indirect promotional activities involving tobacco products. Section 6(1) stipulates that the full name of a tobacco manufacturer may be used in a representation to the public that promotes a cultural or sporting event, but prohibits the use of brand names in such representations unless the use of a brand name is required by a contract made before January 25, 1988. Section 6(2) stipulates that, where a contract requiring the use of a brand name was in place before January 25, 1988, the value of contributions under that contract are frozen at 1987 levels. Section 7 prohibits the free distribution of tobacco products in any form. Section 8 prohibits the use of a tobacco trade mark on any article other than a tobacco product, and also prohibits the use and distribution of tobacco trade marks in advertising for products other than tobacco products; however, a special exemption from the s. 8 prohibition is created under s. 8(3) for the "Dunhill" trade mark.

Section 9 falls under the title "LABELLING", and prohibits tobacco manufacturers from selling their products unless they display on the package containing the product unattributed messages describing the health effects of the product as well as a list of the product's toxic constituents and the quantities of those constituents present in it. Section 17(f) authorizes the Governor in Council to adopt regulations prescribing the content, position, configuration, size and prominence of the health messages. Under the *Tobacco Products Control Regulations, amendment*, SOR/93-389, s. 11 (July 21, 1993), every tobacco package must display one of the following messages:

par des affiches les produits du tabac qui y sont vendus, sans toutefois mentionner leur nom ou leur marque. Le paragraphe 5(2) permet à une personne d'exploiter un distributeur automatique de produits du tabac, et de les nommer et d'en indiquer les prix sur celui-ci.

Les articles 6 à 8 de la Loi figurent sous la rubrique «PROMOTION» et portent sur diverses activités promotionnelles directes et indirectes en faveur des produits du tabac. Le paragraphe 6(1) prévoit qu'il est possible d'utiliser le nom intégral du fabricant d'un produit du tabac dans toute mention au public qui vise à promouvoir une activité ou une manifestation culturelles ou sportives, mais interdit l'utilisation du nom du produit dans ces mentions, sauf si cette utilisation est exigée par un contrat conclu avant le 25 janvier 1988. Le paragraphe 6(2) prévoit que, dans le cas où un contrat conclu avant le 25 janvier 1988 exige l'utilisation du nom du produit, la valeur des concours financiers dans le cadre de ce contrat ne peut dépasser la valeur des concours apportés en 1987. L'article 7 interdit la distribution des produits du tabac à titre gratuit. L'article 8 interdit de faire usage des marques apposées sur les produits du tabac sur des articles autres que ces produits, de distribuer ces marques et d'en faire usage dans toute publicité en faveur d'autres articles que les produits du tabac; cependant, le par. 8(3) crée pour la marque «Dunhill» une exception à l'interdiction prévue à l'art. 8.

L'article 9, que l'on trouve sous la rubrique «ÉTIQUETAGE», interdit aux fabricants de vendre un produit du tabac qui ne comporte pas sur l'emballage les mises en garde non attribuées décrivant les effets du produit sur la santé ainsi que la liste et la quantité des substances toxiques que celui-ci contient. L'alinéa 17f) autorise le gouverneur en conseil à adopter des règlements pour fixer la teneur, la présentation, l'emplacement, les dimensions et la mise en évidence des messages relatifs à la santé. En vertu du *Règlement sur les produits du tabac — Modification*, DORS/93-389, art. 11 (21 juillet 1993), tout emballage contenant des produits du tabac doit porter l'un des messages suivants:

7

8

11. (1) . . .

(a) . . .

- (i) "Cigarettes are addictive" . . .
- (ii) "Tobacco smoke can harm your children" . . .
- (iii) "Cigarettes cause fatal lung disease" . . .
- (iv) "Cigarettes cause cancer" . . .
- (v) "Cigarettes cause strokes and heart disease" . . .
- (vi) "Smoking during pregnancy can harm your baby" . . .
- (vii) "Smoking can kill you" . . .
- (viii) "Tobacco smoke causes fatal lung disease in non-smokers" . . .

Section 17(g) also authorizes the Governor in Council to require leaflets providing health information to be placed inside packages of a tobacco product and to prescribe their content, form and manner of placement in those packages. Under s. 9(2), tobacco manufacturers are prohibited from displaying on their packages any writing other than the name, brand name, trade mark, and other information required by legislation.

9

One further provision of the Act is of relevance to these appeals. Section 17(a) gives the Governor in Council power to make regulations exempting a tobacco product from the application of ss. 4 and 7 where, in the opinion of the Governor in Council, that product is likely to be used as a substitute for other tobacco products and poses less risk to the health of users than those other products.

10

The enforcement provisions of the Act are found in ss. 11 to 16. These provisions confer upon the Minister the power to designate a "tobacco product inspector" with powers of inspection, search and seizure, analysis, detention of things seized, and forfeiture. The "offences and punishments" for contravention of the Act are set out in ss. 18 and 19. Section 18 stipulates that every person who contravenes ss. 4, 6(2), 7, 8, 9 or 10 is guilty of an offence punishable on summary conviction or an indictable offence. The penalties range in seriousness from a fine not exceeding two thousand dol-

11. (1) . . .

a) . . .

- (i) «La cigarette crée une dépendance» . . .
- (ii) «La fumée du tabac peut nuire à vos enfants» . . .
- (iii) «La cigarette cause des maladies pulmonaires mortelles» . . .
- (iv) «La cigarette cause le cancer» . . .
- (v) «La cigarette cause des maladies du cœur» . . .
- (vi) «Fumer durant la grossesse peut nuire à votre bébé» . . .
- (vii) «Fumer peut vous tuer» . . .
- (viii) «La fumée du tabac cause chez les non-fumeurs des maladies pulmonaires mortelles» . . .

De plus, l'al. 17g) autorise le gouverneur en conseil à exiger que des prospectus relatifs aux effets des produits du tabac soient placés à l'intérieur de l'emballage d'un produit du tabac et à en préciser la forme, la teneur et l'emplacement. En vertu du par. 9(2), il est interdit aux fabricants de produits du tabac d'apposer sur leurs emballages des mentions autres que la désignation, le nom et toute marque de celui-ci ainsi que les renseignements prévus par la loi.

Une autre disposition de la Loi est également pertinente en l'espèce. En vertu de l'al. 17a), le gouverneur en conseil peut, par règlement, exempter de l'application des art. 4 et 7 tout produit du tabac qui, à son avis, sera probablement utilisé comme substitut aux autres produits du tabac et fait courir moins de risque à la santé des consommateurs que ces autres produits.

Les dispositions relatives au contrôle d'application se trouvent aux art. 11 à 16. Ces dispositions confèrent au ministre le pouvoir de désigner un «inspecteur des produits du tabac» qui possède des pouvoirs de visite, de perquisition, de saisie, d'analyse, de détention d'objets et de confiscation. Les «infractions et peines» sont prévues aux art. 18 et 19. L'article 18 porte que quiconque contrevient aux art. 4, 6(2), 7, 8, 9 ou 10 commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou commet un acte criminel. La gravité des peines varie d'une amende maxi-

lars or six months' imprisonment, or both, for a first offence on summary conviction, to a fine not exceeding three hundred thousand dollars or two years' imprisonment, or both, for a second or subsequent offence pursued by way of indictment.

The Relevant Statutory Provisions

For ease of reference, I set out the relevant provisions of the Act as follows:

4. (1) No person shall advertise any tobacco product offered for sale in Canada.

(2) No person shall, for consideration, publish, broadcast or otherwise disseminate, on behalf of another person, an advertisement for any tobacco product offered for sale in Canada.

(3) For greater certainty, subsection (2) does not apply in respect of the distribution for sale of publications imported into Canada or the retransmission of radio or television broadcasts originating outside Canada.

(4) No person in Canada shall advertise a tobacco product by means of a publication published outside Canada or a radio or television broadcast originating outside Canada primarily for the purpose of promoting the sale in Canada of a tobacco product.

(5) Notwithstanding subsections (1) and (2), the manufacturer or importer of a tobacco product may advertise the product by means of signs at any time before January 1, 1991, if

(a) the amount, determined in accordance with the regulations, expended by the manufacturer or importer on the preparation in 1989 of materials for use in signs and on the presentation of signs in that year does not exceed two thirds of the expenses of the manufacturer or importer, determined in accordance with the regulations, incurred during its last financial year ending before January 1, 1988 for such preparation and presentation;

(b) the amount, determined in accordance with the regulations, expended by the manufacturer or importer on such preparation and presentation in 1990 does not exceed one third of the expenses of the manufacturer or importer, so determined, incurred there-

male de deux mille dollars et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines, pour une première infraction punissable par voie de procédure sommaire, jusqu'à une amende maximale de trois cent mille dollars et un emprisonnement maximal de deux ans, ou l'une de ces peines, s'il s'agit d'un récidiviste poursuivi par acte d'accusation.

Les dispositions législatives pertinentes

Par souci de commodité, je reproduis les dispositions pertinentes de la Loi:

4. (1) La publicité en faveur des produits du tabac mis en vente au Canada est interdite.

(2) Il est interdit, à titre onéreux et pour le compte d'une autre personne, de diffuser, notamment par la presse ou la radio-télévision, la publicité en faveur d'un produit du tabac mis en vente au Canada.

(3) Il est entendu que le paragraphe (2) ne s'applique pas à la distribution en vue de la vente de publications importées au Canada ou à la retransmission d'émissions de radio ou de télévision de l'étranger.

(4) Il est interdit à toute personne se trouvant au Canada de faire de la publicité en faveur d'un produit du tabac dans une publication étrangère ou une émission radiodiffusée de l'étranger dans le but, principalement, de promouvoir la vente d'un produit du tabac au Canada.

(5) Malgré les paragraphes (1) et (2) le fabricant ou l'importateur d'un produit du tabac peut, jusqu'au 1^{er} janvier 1991, exclusivement, faire de la publicité en faveur du produit par des affiches à condition que:

a) le montant qu'il dépense pour la préparation, en 1989, de la publicité relative à ces affiches et pour la présentation de ces affiches au public au cours de la même année ne dépasse pas les deux tiers des dépenses engagées pour la préparation et la présentation d'affiches au cours de son dernier exercice clos avant le 1^{er} janvier 1988;

b) le montant qu'il dépense pour la préparation et la présentation d'affiches en 1990 ne dépasse pas le tiers

for during the financial year referred to in paragraph (a); and

(c) a health warning is provided in accordance with the regulations on any sign put in place after the coming into force of this Act.

(6) In subsection (5), “sign” does not include

(a) a sign displayed at the place of business of a retailer; or

(b) a representation described in paragraph 6(1)(a) or (b).

5. (1) Notwithstanding section 4, a retailer may

(a) expose tobacco products for sale at the retailer’s place of business;

(b) post in that place, in the prescribed form, manner and quantity, signs that indicate, otherwise than by their brand names or trade marks, the tobacco products offered for sale and their prices;

(c) where the retailer’s name or trade name contains any word or expression signifying that tobacco products are sold by the retailer, employ that name or trade name, otherwise than in association with a tobacco product, for the purpose of advertising the retailer’s business, except by means of a radio or television transmission; and

(d) display at the retailer’s place of business, at any time before January 1, 1993, an advertisement or portion thereof

(i) that was displayed in that place before January 25, 1988, or

(ii) that the retailer is obliged to display under the terms of a contract entered into before January 25, 1988, other than a term allowing for the extension or renewal of the contract after that day.

(2) Notwithstanding section 4, a person who operates a vending machine that dispenses tobacco products may identify or depict those products and their prices on the exterior of the vending machine in the prescribed form and manner.

6. (1) Notwithstanding section 4 and subsection 8(1) but subject to subsection (2) of this section, the full name of a manufacturer or importer of tobacco products

des dépenses engagées au cours de l’exercice visé à l’alinéa a);

c) les affiches installées après l’entrée en vigueur de la présente loi comportent une mise en garde réglementaire.

Les montants et dépenses visés au présent paragraphe se calculent conformément aux règlements.

(6) Pour l’application du paragraphe (5), «affiche» ne vise pas:

a) les supports publicitaires se trouvant à l’intérieur ou aux abords de l’établissement d’un détaillant;

b) les mentions visées aux alinéas 6(1)a) ou b).

5. (1) Malgré l’article 4, le détaillant peut:

a) exposer des produits du tabac pour la vente dans son établissement;

b) signaler dans ce lieu, par des affiches réglementaires quant à leur forme, leur teneur et leur quantité, les produits du tabac qui y sont vendus ainsi que leur prix, sans toutefois mentionner leur nom ou leur marque;

c) faire usage, ailleurs qu’à la radio-télévision, de sa dénomination ou de sa raison sociale à des fins publicitaires — même quand l’un de ses éléments indique qu’il vend des produits du tabac — sans toutefois y associer un produit du tabac;

d) jusqu’au 1^{er} janvier 1993, exclusivement, conserver, à l’intérieur ou aux abords de son établissement, les supports publicitaires — ou parties de ceux-ci:

(i) soit dont il avait déjà fait usage avant le 25 janvier 1988,

(ii) soit dont il est tenu de faire usage conformément aux stipulations d’un contrat conclu avant le 25 janvier 1988, à l’exclusion de toute stipulation autorisant le renouvellement ou la prorogation du contrat après cette date.

(2) Malgré l’article 4, l’exploitant d’un distributeur automatique de produits du tabac peut les représenter ou les nommer et en indiquer les prix sur celui-ci selon les modalités réglementaires.

6. (1) Sous réserve du paragraphe (2), il est possible, malgré l’article 4 et le paragraphe 8(1), d’utiliser le nom intégral du fabricant ou de l’importateur d’un produit du

and, where required by the terms of a contract entered into before January 25, 1988, the brand name of a tobacco product, may be used, otherwise than in association with a tobacco product, in a representation to the public

(a) that promotes a cultural or sporting activity or event; or

(b) that acknowledges financial or other contributions made by the manufacturer or importer of the tobacco product toward such an activity or event.

(2) Where, in any calendar year, a manufacturer or importer of tobacco products makes financial or other contributions toward cultural or sporting activities or events in respect of which brand names of those products are used, the value of such contributions, determined in accordance with the regulations, shall not exceed the value, so determined, of the contributions made by the manufacturer or importer toward cultural or sporting activities and events in 1987.

7. (1) No distributor shall distribute tobacco products in the absence of consideration therefor, or furnish tobacco products to any person for the purpose of their subsequent distribution without consideration.

(2) No person shall offer any gift or cash rebate or the right to participate in any contest, lottery or game to the purchaser of a tobacco product in consideration of the purchase thereof, or to any person in consideration of the furnishing of evidence of such a purchase.

8. (1) No manufacturer or importer of tobacco products who is entitled to use any trade mark in association with those products, and no person acting with the concurrence or acquiescence of such a manufacturer or importer, shall

(a) apply the trade mark, in any form in which it appears on packages of the product that are sold in Canada, to any article other than a tobacco product or a package or container in which a tobacco product is sold or shipped, or

(b) use the trade mark in any such form for the purpose of advertising any article other than a tobacco product or any service, activity or event,

notwithstanding that the manufacturer or importer is,

tabac et, dans les cas où l'exige un contrat conclu avant le 25 janvier 1988, le nom du produit, sans toutefois y associer un produit du tabac, dans toute mention au public:

a) qui vise à promouvoir une activité ou une manifestation culturelles ou sportives;

b) qui fait état des concours financiers ou autres apportés par le fabricant ou l'importateur à la réalisation de cette activité ou manifestation.

(2) La valeur, calculée conformément aux règlements, des concours financiers ou autres apportés par le fabricant ou l'importateur de produits du tabac à la réalisation d'activités ou manifestations culturelles ou sportives dans le cadre desquelles est mentionné le nom des produits ne peut dépasser, pour une année civile donnée, la valeur, ainsi calculée, des concours qu'il a apportés en 1987 à la réalisation de telles activités ou manifestations.

7. (1) Il est interdit aux négociants de distribuer des produits du tabac à titre gratuit ou d'en fournir à cette fin.

(2) Il est interdit d'offrir un cadeau ou une remise, ou la possibilité de participer à un concours, une loterie ou un jeu, en contrepartie de l'achat d'un produit du tabac ou de la production d'une preuve d'achat de celui-ci.

8. (1) Il est interdit aux fabricants et aux importateurs de produits du tabac:

a) d'apposer des marques qu'ils sont habilités à utiliser à l'égard de ces produits sur des articles, autres que les produits du tabac et les emballages servant à vendre ou expédier ceux-ci, sous une forme reprenant celle qui figure sur les emballages de ces produits alors vendus au Canada;

b) de faire usage de ces marques et sous cette forme dans toute publicité en faveur d'autres articles que les produits du tabac ou de services, manifestations ou activités.

La présente interdiction s'applique même si les fabricants ou les importateurs sont par ailleurs habilités à utiliser ces marques à l'égard de ces autres articles ou de ces services, manifestations ou activités et vise égale-

but for this Act, entitled to use the trade mark in association with that article, service, activity or event.

(2) No person shall distribute, sell, offer for sale or expose for sale any article, other than a tobacco product or a package or container in which a tobacco product is sold or shipped, that bears a trade mark of a tobacco product in any form in which it appears on packages of the tobacco product that are sold in Canada.

(3) Subsections (1) and (2) do not apply in respect of a trade mark if in 1986 tobacco products and other articles bearing that trade mark were sold at retail in Canada and the retail value of those other articles estimated in accordance with the regulations was greater than one-quarter of the retail value of those tobacco products so estimated.

(4) Subsection (2) does not apply in respect of the distribution or sale before January 1, 1993 of an article manufactured before April 30, 1987, or ordered before that date from the manufacturer or supplier of the article otherwise than by the placing of a standing order that requires confirmation or is subject to cancellation after that date.

9. (1) No distributor shall sell or offer for sale a tobacco product unless

(a) the package containing the product displays, in accordance with the regulations, messages pertaining to the health effects of the product and a list of toxic constituents of the product and, where applicable, of the smoke produced from its combustion indicating the quantities of those constituents present therein; and

(b) if and as required by the regulations, a leaflet furnishing information relative to the health effects of the product has been placed inside the package containing the product.

(2) No distributor shall sell or offer for sale a tobacco product if the package in which it is contained displays any writing other than the name, brand name and any trade marks of the tobacco product, the messages and list referred to in subsection (1), the label required by the *Consumer Packaging and Labelling Act* and the stamp and information required by sections 203 and 204 of the *Excise Act*.

(3) This section does not affect any obligation of a distributor, at common law or under any Act of Parliament or of a provincial legislature, to warn purchasers

ment quiconque agit avec le consentement, exprès ou tacite, de ces fabricants ou ces importateurs.

(2) Il est interdit de distribuer, de vendre, de mettre en vente ou d'exposer en vue de la vente des articles, autres que les produits du tabac et les emballages servant à vendre ou expédier ceux-ci, s'ils portent la marque d'un produit du tabac sous une forme reprenant celle qui figure sur les emballages de ce produit vendus au Canada.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas si, en 1986 et au Canada, la valeur estimative, calculée conformément aux règlements, des ventes au détail d'articles autres que les produits du tabac portant la marque en question était supérieure au quart de celle, ainsi calculée, des produits du tabac portant également cette marque.

(4) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à la vente ou à la distribution, avant le 1^{er} janvier 1993, d'articles fabriqués avant le 30 avril 1987 ou commandés à leur fabricant ou fournisseur avant cette date, sauf s'il s'agit d'une commande permanente qui doit être confirmée ou peut prendre fin après cette date.

9. (1) Il est interdit aux négociants de vendre ou mettre en vente un produit du tabac qui ne comporte pas, sur ou dans l'emballage respectivement, les éléments suivants:

a) les messages soulignant, conformément aux règlements, les effets du produit sur la santé, ainsi que la liste et la quantité des substances toxiques, que celui-ci contient et, le cas échéant, qui sont dégagées par sa combustion;

b) s'il y a lieu, le prospectus réglementaire contenant l'information sur les effets du produit sur la santé.

(2) Les seules autres mentions que peut comporter l'emballage d'un produit du tabac sont la désignation, le nom et toute marque de celui-ci, ainsi que les indications exigées par la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation* et le timbre et les renseignements prévus aux articles 203 et 204 de la *Loi sur l'accise*.

(3) Le présent article n'a pas pour effet de libérer le négociant de toute obligation qu'il aurait, aux termes d'une loi fédérale ou provinciale ou en *common law*,

of tobacco products of the health effects of those products.

17. The Governor in Council may make regulations

(a) exempting a tobacco product from the application of sections 4 and 7 where, in the opinion of the Governor in Council, that product is likely to be used as a substitute for other tobacco products and poses less risk to the health of users than those other products;

...

(f) prescribing, in respect of any tobacco product, the content, position, configuration, size and prominence of the messages and list of toxic constituents referred to in paragraph 9(1)(a);

(g) requiring leaflets furnishing information referred to in paragraph 9(1)(b) to be placed inside packages of a tobacco product and prescribing their content, form and manner of placement in those packages;

...

18. (1) Every person who contravenes section 4, 7, 8, 9 or 10

(a) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable

(i) for a first offence under any of those sections, to a fine not exceeding two thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months, or to both, and

(ii) where the person has previously been convicted of an offence under any of those sections, to a fine not exceeding five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months, or to both; or

(b) is guilty of an indictable offence and liable

(i) for a first offence under any of those sections, to a fine not exceeding one hundred thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding one year, or to both, and

(ii) where the person has previously been convicted of an offence under any of those sections, to a fine not exceeding three hundred thousand dollars or to imprisonment for two years, or to both.

(2) Every person who contravenes subsection 6(2) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable

d'avertir les acheteurs de produits du tabac des effets de ceux-ci sur la santé.

17. Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) exempter de l'application des articles 4 et 7 tout produit du tabac qui, à son avis, sera probablement utilisé comme substitut aux autres produits du tabac et fait courir moins de risque à la santé des consommateurs que ces autres produits;

...

f) fixer, pour tout produit du tabac, la teneur, la présentation, l'emplacement, les dimensions et la mise en évidence des mentions — messages et liste des substances toxiques — visées à l'alinéa 9(1)a);

g) exiger la présence, à l'intérieur de l'emballage d'un produit du tabac, du prospectus visé à l'alinéa 9(1)b) et préciser la forme de celui-ci, sa teneur ainsi que son emplacement;

...

18. (1) Quiconque contrevient aux articles 4, 7, 8, 9 ou 10:

a) soit commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et encourt:

(i) pour une première infraction, une amende maximale de deux mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines,

(ii) s'il a déjà été déclaré coupable de n'importe laquelle des infractions prévues à ces articles, une amende maximale de cinq mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines;

b) soit commet un acte criminel et encourt:

(i) pour une première infraction, une amende maximale de cent mille dollars et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines,

(ii) s'il a déjà été déclaré coupable de n'importe laquelle des infractions prévues à ces articles, une amende maximale de trois cent mille dollars et un emprisonnement maximal de deux ans, ou l'une de ces peines.

(2) Quiconque contrevient au paragraphe 6(2) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire:

(a) for a first offence, to a fine not exceeding ten thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months, or to both; or

(b) for a second or subsequent offence, to a fine not exceeding fifty thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding one year, or to both.

(3) Every person who contravenes section 14 or any regulations made under paragraph 17(i) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding ten thousand dollars.

19. (1) A prosecution in respect of an offence under this Act, other than a prosecution under paragraph 18(1)(b), may not be instituted later than twelve months after the time when the subject-matter of the prosecution arose.

(2) A prosecution for an offence under this Act may be instituted, heard, tried and determined by a court in any territorial jurisdiction in which the accused carries on business regardless of where the subject-matter of the prosecution arose.

(3) No exception, exemption, excuse or qualification prescribed by law is required to be set out or negated, as the case may be, in an information or indictment for an offence under this Act or under section 421, 422 or 423 [now section 463, 464 or 465] of the *Criminal Code* in respect of an offence under this Act.

(4) In any prosecution for an offence referred to in subsection (3), the burden of proving that an exception, exemption, excuse or qualification prescribed by law operates in favour of the accused is on the accused and the prosecutor is not required, except by way of rebuttal, to prove that the exception, exemption, excuse or qualification does not operate in favour of the accused, whether or not it is set out in the information or indictment.

Judgments of the Courts Below

Quebec Superior Court (1991), 82 D.L.R. (4th) 449 (Chabot J.) (translation)

Chabot J. found the Act invalid in its entirety, both as being *ultra vires* the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867* and as constitut-

a) s'il s'agit d'une première infraction, une amende maximale de dix mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines;

b) en cas de récidive, une amende maximale de cinquante mille dollars et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines.

(3) Quiconque contrevient à l'article 14 et aux règlements d'application de l'alinéa 17i) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de dix mille dollars.

19. (1) Les poursuites, autres que celles prévues à l'alinéa 18(1)b), visant les infractions à la présente loi se prescrivent par un an à compter de la perpétration de celles-ci.

(2) Le tribunal dans le ressort duquel l'accusé exerce ses activités est compétent pour connaître de toute poursuite en matière d'infraction à la présente loi, indépendamment du lieu de perpétration.

(3) Dans les poursuites visant toute infraction à la présente loi, ou engagées sous le régime des articles 421, 422 ou 423 [maintenant les articles 463, 464 ou 465] du *Code criminel* et relatives à une telle infraction, il n'est pas nécessaire que soit énoncée ou niée, selon le cas, une exception, exemption, excuse ou réserve, prévue par le droit, dans la dénonciation ou l'acte d'accusation.

(4) Dans les poursuites visées au paragraphe (3), il incombe à l'accusé de prouver qu'une exception, exemption, excuse ou réserve, prévue par le droit, joue en sa faveur; quant au poursuivant, il n'est pas tenu, si ce n'est à titre de réfutation, de prouver que l'exception, l'exemption, l'excuse ou la réserve ne joue pas en faveur de l'accusé, qu'elle soit ou non énoncée dans la dénonciation ou l'acte d'accusation.

Les décisions des instances inférieures

La Cour supérieure du Québec, [1991] R.J.Q. 2260 (le juge Chabot)

Comme nous l'avons vu, le juge Chabot a déclaré la Loi non valide dans son intégralité, à la fois parce qu'elle était *ultra vires* du Parlement du

ing an unjustifiable infringement of s. 2(b) of the *Charter*.

In his analysis of the Act under the *Constitution Act, 1867*, Chabot J., at pp. 467-68, characterized it as legislation that is, in pith and substance, in relation to the regulation of advertising and promotion carried on by a particular industry. Having thus characterized the Act, Chabot J. then determined that it was not a valid exercise of the federal Parliament's criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* or Parliament's power to legislate for the peace, order and good government of Canada under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*.

With respect to the criminal law power, Chabot J. reasoned that the Act was not valid criminal law because it was not addressed directly to the "evil" against which it was purportedly aimed, i.e., tobacco consumption. He observed, at p. 470, that "advertising in itself does not cause harm, any more than the advertising of tobacco products is by itself harmful to health" and, at p. 468, that "[t]he objective of protecting public health, if it exists, can only be an indirect and remote objective [of the Act]".

Turning to the peace, order and good government clause, Chabot J. concluded that the Act did not satisfy the criteria for the "national dimensions" branch of that clause set forth in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401. The present cases were, in his view, distinguishable from the Privy Council's decisions in the "temperance cases" (*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (the *Local Prohibition Case*), and *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193) because, in contrast with those cases, there was "no evidence that the advertisement of tobacco products has attained a stage of pestilence in Canada which would give it the required character and degree of singleness, distinctiveness and indivisibility which would distinguish it clearly from matters of provincial interest"

Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'elle constituait une violation injustifiable de l'al. 2b) de la *Charte*.

Dans son analyse de la Loi en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge Chabot a dit, aux pp. 2275 et 2276, qu'il s'agissait d'une loi qui, de par son caractère véritable, cherche à réglementer la publicité et la promotion effectuées par une industrie donnée. Après avoir ainsi qualifié la Loi, il a affirmé qu'il ne s'agissait pas d'un exercice valide de la compétence du Parlement fédéral en matière de droit criminel en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de sa compétence de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En ce qui concerne la compétence en matière de droit criminel, le juge Chabot a conclu que la Loi n'est pas une règle de droit criminel valide parce qu'elle ne traite pas directement du «mal» qu'elle prétend régler, soit la consommation des produits du tabac. Il a fait remarquer, à la p. 2278, que «la publicité ne cause pas de dommages comme tels, pas plus que la publicité des produits du tabac comme telle ne cause pas d'atteinte à la santé» et, à la p. 2276, que «[l]'objectif de protection de la santé publique, s'il existe, ne peut être qu'un objectif indirect et lointain [de la Loi]».

Examinant ensuite la compétence relative à la paix, l'ordre et le bon gouvernement, le juge Chabot a conclu que la Loi ne satisfaisait pas aux critères du volet «dimension nationale» de cette compétence, formulés dans l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401. À son avis, les présents pourvois se distinguent des arrêts du Conseil privé sur la «tempérance» (*Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (l'arrêt sur la *prohibition locale*), et *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193) parce que, contrairement à ce qui existait dans ces arrêts, «il n'y a aucune preuve que la publicité des produits du tabac aurait atteint ce stade de pestilence au Canada qui lui donnerait ce caractère et ce degré requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui la distinguerait claire-

13

14

15

(p. 475). Chabot J. also decided that there was no evidence of a “provincial inability” to control tobacco advertising. He observed, at p. 478, that “the evidence clearly shows the will and the capacity of the provinces to cooperate with each other and with the federal government with respect to the advertising and promotion of tobacco products”.

16 Proceeding to an analysis of the Act’s validity under the *Charter*, Chabot J. found the Act to be in violation of the appellants’ right to freedom of expression under s. 2(b). He concluded, first (at pp. 484-85), that tobacco advertising has a sufficient expressive content to constitute a protected activity under s. 2(b) and, second (at p. 486), that the unattributed health message requirement under s. 9 of the Act infringed the appellants’ s. 2(b) rights on the ground that “freedom of expression includes the freedom to remain silent”.

17 Chabot J. then found, applying the test established by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, that the s. 2(b) infringement was not justified under s. 1 of the *Charter*. After considering the uncontradicted evidence adduced by the Attorney General concerning the dire health consequences of tobacco use, Chabot J., at p. 492, concluded that the Attorney General had satisfied the first branch of the *Oakes* test by demonstrating a “substantial and pressing concern”. However, he concluded that the Act did not survive the “proportionality” branch of that test. He began his proportionality analysis by holding, at p. 515, that the Attorney General had failed to establish, on the balance of probabilities, that a rational connection exists between a full prohibition on advertising and the objective of reducing tobacco consumption. He also observed, at p. 513, that “[t]he virtual totality of the scientific documents in the state’s possession at the time the Act was passed do not demonstrate that a ban on advertising would affect consumption”. He then decided that the complete prohibition on advertising under the Act did not meet the test of minimal impairment of the appel-

ment des matières d’intérêt provincial» (p. 2281). Le juge Chabot a décidé qu’il n’y avait aucune preuve de «l’incapacité provinciale» de contrôler la publicité des produits du tabac. Il a fait remarquer, à la p. 2283, que «la preuve a révélé abondamment la volonté et la capacité des provinces de coopérer entre elles et avec le fédéral en regard de la publicité et de la promotion des produits du tabac».

Passant ensuite à une analyse de la validité de la Loi au regard de la *Charte*, le juge Chabot a déterminé que la Loi viole le droit à la liberté d’expression garanti aux appelantes par l’al. 2b). Il a conclu dans un premier temps que la publicité des produits du tabac a un contenu expressif suffisant pour constituer une activité protégée au sens de l’al. 2b) (aux pp. 2288 et 2289), et dans un deuxième temps, que l’exigence des messages de santé non attribués prévue à l’art. 9 de la Loi contrevient aux droits garantis aux appelantes par l’al. 2b) pour le motif que «la liberté d’expression inclut la liberté de ne pas s’exprimer» (p. 2289).

Lorsqu’il a appliqué le critère formulé par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge Chabot a ensuite affirmé que la violation de l’al. 2b) ne se justifiait pas en vertu de l’article premier de la *Charte*. Après avoir examiné la preuve non contredite déposée par le procureur général relativement aux conséquences graves du tabagisme, le juge Chabot a conclu, à la p. 2294, que le ministère public avait satisfait au premier critère de l’arrêt *Oakes* en établissant une «préoccupation réelle et urgente». Cependant, il a conclu que la Loi ne satisfait pas au volet «proportionnalité» de ce critère. Il a commencé son analyse de la proportionnalité en affirmant, à la p. 2310, que le procureur général n’avait pas fait, suivant la prépondérance des probabilités, la preuve d’un lien rationnel entre une interdiction totale de publicité et l’objectif de diminution de la consommation des produits du tabac. Il a aussi fait remarquer, à la p. 2309, que «[l]a presque totalité de la documentation scientifique en possession de l’État lors de l’adoption de la loi ne démontrait pas que le bannissement de la publicité aurait un effet sur la consommation». Il a alors décidé que le bannissement total de la publi-

lants' s. 2(b) rights. He observed, at pp. 515-16, that no evidence had been adduced at trial demonstrating that a complete prohibition on tobacco advertisements would reduce tobacco consumption more effectively than a partial ban, or that unattributed health warnings would be more effective than attributed health warnings. Finally, with respect to the proportionality between effects and objectives, Chabot J. concluded, at p. 517, that the Act constitutes "social engineering" and "an extremely serious impairment of the principles inherent in a free and democratic society which is disproportionate to the objective of the [Act]".

Quebec Court of Appeal (1993), 102 D.L.R. (4th) 289 (LeBel and Rothman J.J.A., Brossard J.A. dissenting in part) (translation)

The Court of Appeal allowed the appeals from the decision of Chabot J. and upheld the constitutional validity of the Act in its entirety. It was unanimous in deciding that the Act was not beyond the legislative competence of the Parliament of Canada under s. 91 of the *Constitution Act, 1867* and, although the Attorney General had conceded that the Act constituted an infringement of the appellants' rights under s. 2(b), a majority (Brossard J.A. dissenting) decided that the infringement was justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Writing for a unanimous Court of Appeal with respect to the constitutionality of the Act under the *Constitution Act, 1867*, Brossard J.A. began his analysis by characterizing the Act as legislation, in pith and substance, in relation to the protection of public health (at p. 339). Brossard J.A. criticized, at pp. 338-39, the trial judge's pith and substance analysis on two grounds. First, he decided that the trial judge had confined himself to an excessively literal interpretation of the Act by failing to explore a possible connection between the Act's statement of purpose in s. 3 and its legal effect on tobacco advertising and promotion. Second, he held that the trial judge had confused the evidentiary requirements for the application of s. 1 of the

cité en vertu de la Loi ne satisfaisait pas au critère de l'atteinte minimale aux droits garantis aux appelantes par l'al. 2b). Il a ajouté, à la p. 2311, que l'on n'avait pas présenté de preuve en première instance établissant qu'un bannissement total de la publicité relative aux produits du tabac réduirait la consommation de façon plus efficace qu'un bannissement partiel, ou que des messages non attribués seraient plus efficaces que des messages attribués. Enfin, en ce qui concerne la proportionnalité entre les effets et les objectifs, le juge Chabot a conclu, à la p. 2312, que la Loi constitue un genre d'«ingénierie sociale» et «une atteinte extrêmement grave aux principes inhérents d'une société libre et démocratique, incommensurable avec l'objectif de la [Loi]».

La Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 375 (les juges LeBel et Rothman; le juge Brossard étant dissident en partie)

La Cour d'appel a accueilli les appels contre la décision du juge Chabot et confirmé la constitutionnalité de l'ensemble de la Loi. La cour, à l'unanimité, a statué que la Loi n'outrepassait pas la compétence législative du Parlement du Canada prévue à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; en outre, même si le procureur général avait admis que la Loi constituait une violation des droits garantis aux appelantes par l'al. 2b), la cour à la majorité (le juge Brossard étant dissident) a décidé que cette violation était justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

S'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité relativement à la constitutionnalité de la Loi en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge Brossard a commencé son analyse en affirmant, à la p. 408, que la Loi visait, de par son caractère véritable, la protection de la santé publique. Le juge Brossard, aux pp. 407 et 408, a trouvé deux lacunes dans l'analyse du caractère véritable de la loi faite par le juge de première instance. Premièrement, il a décidé que le juge de première instance s'était restreint à une interprétation trop littérale de la Loi, en omettant de rechercher un lien possible entre l'objet de la Loi mentionné à l'art. 3 et son effet juridique sur la publicité et la promotion des produits du tabac. Deuxièmement, il a statué que le

18

19

Charter, under which the effectiveness of the legislation is a relevant criterion, with the requirements for ascertaining pith and substance in a division of powers analysis, where it is not.

20

Brossard J.A. then proceeded to consider whether the Act was a valid exercise of the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* or the peace, order and good government clause under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. He began by deciding that the Act did not fall under the criminal law power. He found it significant, at pp. 341-42, that neither tobacco consumption nor tobacco advertising are activities that have an “affinity with some traditional criminal law concern” (p. 342) and observed that, although the Act makes the advertising and promotion of tobacco products illegal, the “real evil” the Act is designed to combat, tobacco consumption, continues to be legal in Canada. Parliament, he reasoned, at pp. 340-41, cannot criminalize the ancillary activities relating to a principal activity when it has not criminalized the principal activity itself. Brossard J.A. decided, however, that the Act fell within the federal Parliament’s power to legislate for the peace, order and good government of Canada because it satisfied the test for the “national dimensions” branch of that power developed in *Crown Zellerbach, supra*. He observed, at p. 348, that the problem of tobacco consumption has developed into a matter of national concern comparable in scope to that of alcohol consumption addressed in the temperance cases. He also noted, at p. 350, that the health problems resulting from tobacco consumption have a “singleness, distinctiveness and indivisibility that distinguish them clearly from matters that are of strictly provincial interest”. Finally, he concluded that the Act met the “provincial inability test” because “[t]he fact is that communications, whether radio or television broadcasting, or even newspaper publishing, do not

juge de première instance avait confondu les exigences de la preuve relative à l’application de l’article premier de la *Charte*, en vertu duquel l’efficacité de la loi est un critère pertinent, et ce qui est requis pour la détermination du caractère véritable de la loi, dans le cadre d’une analyse sur le partage des pouvoirs, dans laquelle cette efficacité n’est pas un critère pertinent.

Le juge Brossard a ensuite examiné si la Loi constituait un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de la compétence de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement en vertu de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a commencé par affirmer qu’il ne s’agissait pas d’une loi relevant de la compétence en matière de droit criminel. À son avis (aux pp. 409 et 410), il importe de préciser que ni la consommation des produits du tabac ni la publicité de ces produits ne constituent des activités qui ont [TRADUCTION] «une affinité avec une préoccupation traditionnelle en matière de droit criminel» (p. 410); il a aussi fait remarquer que, bien que la Loi rende illégale la publicité et la promotion des produits du tabac, le «véritable mal» que vise à combattre la Loi — la consommation des produits du tabac — demeure légitime au Canada. Le Parlement, raisonne-t-il, aux pp. 408 et 409, ne peut rendre criminels les aspects secondaires de l’activité principale s’il n’a pas criminalisé cette activité. Cependant, le juge Brossard a décidé que la Loi relève de la compétence du fédéral de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada parce qu’elle satisfait aux critères du volet «dimension nationale» de cette compétence formulés dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, précité. Il a fait observer, à la p. 414, que le tabagisme est devenu un problème d’intérêt national d’une envergure comparable à celui de la consommation de l’alcool dont il était question dans les arrêts sur la tempérance. Il a aussi fait remarquer, à la p. 415, que les problèmes de santé reliés au tabagisme comportent ce «degré d’unicité, de particularité et d’indivisibilité qui les distingue clairement des matières d’intérêt strictement provincial». Enfin, il a conclu que la Loi satisfaisait au «critère de l’incapacité provinciale» parce que

recognize frontiers, still less provincial borders” (pp. 350-51).

The Court of Appeal was divided on the validity of the Act under the *Charter*. LeBel J.A., writing for the majority, accepted that the Act infringed the appellants s. 2(b) rights, but held that the infringement was justified under s. 1 of the *Charter*. LeBel J.A., at pp. 311-12, first noted that the trial judge had erred in applying a civil standard of justification in his application of the *Oakes* analysis. He observed, at p. 313, that, in cases involving socio-economic legislation such as the Act, this Court has “recognized the need for an attitude of deference with regard to legislative choices”, and has required the state to meet an attenuated standard of justification under the *Oakes* analysis.

Applying the attenuated *Oakes* standard, LeBel J.A. held that the Act was a justifiable infringement under s. 1 of the *Charter*. He first observed that “there does not appear to be a serious debate” that the objective of reducing the number of smokers in Canada is pressing and substantial (p. 321), and then proceeded to an application of the proportionality test. There was, he held, at p. 323, sufficient evidence adduced at trial to establish a rational connection between a prohibition of tobacco advertising and the goal of reducing tobacco consumption. He conceded that there was no evidence on the record demonstrating, on the criterion of the civil balance of proof, that the prohibition of these forms of advertising would attain that objective. However, he noted that there was sufficient expert testimony and documentation adduced at trial to “attest, at the very least, to the existence of a body of opinion favourable to the adoption of a legislative measure such as the restriction of tobacco advertising in order to diminish consumption over time” (p. 323). LeBel J.A. also observed, at p. 324, that, in *Imperial’s*

«le domaine des communications, qu’il s’agisse de radio, de télévision, de publication même de journaux, ne connaît plus de frontières et encore moins de frontières provinciales» (p. 415).

La Cour d’appel était partagée sur la question de la validité de la Loi en vertu de la *Charte*. Le juge LeBel, s’exprimant au nom de la majorité, a reconnu que la Loi violait les droits garantis aux appelantes par l’al. 2b), mais a conclu que cette violation pouvait se justifier en vertu de l’article premier de la *Charte*. Il a tout d’abord fait remarquer, à la p. 391, que le juge de première instance avait commis une erreur en appliquant un critère de justification assimilable à celui appliqué dans un procès civil lorsqu’il a procédé à l’analyse élaborée dans l’arrêt *Oakes*. Il a fait observer, à la p. 392, que, dans les cas de lois socio-économiques comme en l’espèce, notre Cour «reconnaît la nécessité d’une attitude de déférence à l’égard des choix législatifs en ce domaine» et exige du ministre public qu’il satisfasse à un critère assoupli de justification en vertu de l’analyse élaborée dans l’arrêt *Oakes*.

Le juge LeBel a appliqué une forme assouplie du critère formulé dans l’arrêt *Oakes* et conclu que la Loi constituait une violation justifiable en vertu de l’article premier de la *Charte*. Il a tout d’abord précisé qu’«il ne semble pas y avoir de débat sérieux» que l’objectif de réduire le nombre de fumeurs au Canada est important et urgent (p. 397), et il a ensuite appliqué le critère de la proportionnalité. À son avis, suffisamment d’éléments de preuve ont été présentés au procès pour établir un lien rationnel entre une interdiction de la publicité des produits du tabac et l’objectif de diminuer le tabagisme (p. 398). Il a reconnu qu’il n’existe pas, dans le dossier, de preuve démontrant que, suivant le critère civil de la prépondérance de la preuve, l’interdiction de ces formes de publicité réussirait à atteindre cet objectif. Toutefois, il a affirmé que l’on avait présenté au procès suffisamment de témoignages d’expert et d’études qui attestent, à tout le moins, de l’existence d’un corps d’opinions favorables à l’adoption d’une mesure législative comme la limitation de la publicité du tabac, pour diminuer éventuellement la consommation de

internal documentation, “there are commentaries suggesting that the objective of tobacco advertising is either promotion, recruitment of new smokers, or consolidation of market share by reassuring current smokers”.

23 Second, LeBel J.A. held, at pp. 326-27, that the Act satisfied the minimal impairment test because the measures adopted under the Act did not prohibit consumption of tobacco, did not allow for the control of foreign advertising, and permitted the continued availability of tobacco product information at retail establishments. Finally, he found it significant that the legislative objective, addressing a serious health problem, outweighed the adverse effects of the legislation on the appellants’ right to commercial expression which, he noted, at p. 326, “seeks exclusively to advance the respondents’ interests in marketing, distributing and selling a product recognized as harmful”.

24 Brossard J.A., in dissent, agreed with LeBel J.A. that the Act’s objective was pressing and substantial, and that ss. 7 and 9 met the requirements of the *Oakes* test but, in his view, ss. 4, 5, 6 and 8 did not satisfy either the rational connection or the minimal impairment branches of the *Oakes* proportionality test.

25 With respect to the rational connection test, Brossard J.A. distinguished between three different types of advertising (at pp. 383-84): informative advertising (which disseminates information concerning product content), brand loyalty advertising (which is aimed solely at promoting one brand over another based on the colour, design and appearance of the packaging), and lifestyle advertising (which creates an image by associating the product’s consumption with a particular lifestyle). Brossard J.A. found, at p. 384, that the prohibition on informative advertising and brand preference advertising was not rationally connected to the goal of reducing consumption of tobacco because “there is not a single piece of evidence in the record with any probative value to the effect that it

celui-ci» (p. 398). Le juge LeBel a aussi fait observer, à la p. 399, que, dans la documentation interne obtenue d’Imperial, «l’on retrouve aussi des commentaires suggérant que la publicité du tabac aurait un objectif soit de promotion, soit de recrutement de nouveaux fumeurs, soit de consolidation de la clientèle, en rassurant les fumeurs actuels».

Deuxièmement, le juge LeBel a conclu, aux pp. 400 et 401, que la Loi satisfait au critère de l’atteinte minimale parce que les mesures adoptées en vertu de la Loi n’interdisent pas la consommation des produits du tabac, ne permettent pas de contrôler la publicité étrangère et permettent de continuer de fournir de l’information sur les produits du tabac aux points de vente. Enfin, il a jugé important que l’objectif législatif, qui vise un problème grave de santé, l’emporte sur les effets négatifs qu’a la loi sur la garantie de l’expression commerciale des appelantes, lequel, estime-t-il, à la p. 400, «recherche uniquement la promotion de l’intérêt des intimés à commercialiser, distribuer et vendre un produit reconnu comme nocif».

Le juge Brossard, dissident, était d’accord avec le juge LeBel pour dire que l’objectif de la Loi était urgent et réel, et que les art. 7 et 9 répondaient aux exigences du critère formulé dans l’arrêt *Oakes*; cependant, à son avis, les art. 4, 5, 6 et 8 ne satisfont ni au volet du lien rationnel ni à celui de l’atteinte minimale du critère de la proportionnalité formulé dans *Oakes*.

En ce qui concerne le critère du lien rationnel, le juge Brossard a établi une distinction entre trois différents types de publicité (aux pp. 437 et 438): la publicité informative (celle qui contient de l’information quant au contenu du produit), la publicité de fidélité à une marque (qui vise uniquement à promouvoir une marque plutôt qu’une autre par l’effet de la couleur, du design de l’emballage et de sa présentation) et la publicité de style de vie (qui crée une image en associant un style de vie à la consommation du produit). Le juge Brossard a conclu, aux pp. 437 et 438, que l’interdiction de la publicité informative et de la publicité de fidélité à une marque n’a pas de lien rationnel avec l’objectif de diminuer l’usage du tabac parce qu’il «n’existe au dossier aucun élément de preuve ayant quelque

encourages non-smokers to become smokers . . . or smokers to increase their consumption, or that it prevents smokers from reducing their consumption or quitting if they want to". However, he found, at p. 385, that the prohibitions respecting lifestyle advertising met the rational connection test owing to the testimony adduced at trial concerning the stimulative effect of such advertising upon the consumer behaviour of young persons.

Proceeding to the minimal impairment requirement, Brossard J.A. held, at p. 387, that, with the exception of the prohibition upon lifestyle advertising, ss. 4, 5, 6 and 8 of the Act did not minimally impair the appellants' rights because "it would easily have been possible to exclude from the general ban any advertising which is purely informative, there being no proof even on the level of possibility that such advertising has any impact on consumption". Thus, Brossard J.A. concluded, at p. 392, that ss. 4, 5, 6 and 8 of the Act could not be justified under s. 1 of the *Charter*, but that ss. 7 and 9 could be justified under s. 1 of the *Charter*. Brossard J.A. did not uphold the prohibition on lifestyle advertising, even though he decided it was theoretically justifiable under s. 1, because Parliament made no distinction between types of advertising in the legislation.

Issues Before This Court

The argument before this Court was conducted on the basis of two constitutional questions, stated by Chief Justice Lamer on November 4, 1993:

1. Is the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20, wholly or in part within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?
2. Is the *Tobacco Products Control Act* wholly or in part inconsistent with the right of freedom of expression as set out in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, does it constitute a

valeur probante à l'effet qu'elle inciterait un non-consommateur à le devenir [. . .] ou un consommateur à augmenter sa consommation ou à l'empêcher de diminuer ou d'arrêter cette consommation s'il le désire». Cependant, il a conclu, à la p. 438, que l'interdiction de publicité de style de vie satisfaisait au critère du lien rationnel compte tenu des témoignages présentés au procès relativement à l'effet incitatif de cette publicité sur le comportement des jeunes consommateurs.

Pour ce qui est de l'exigence de l'atteinte minimale, le juge Brossard a conclu, à la p. 439, que, sous réserve de l'exception de l'interdiction de publicité de style de vie, les art. 4, 5, 6 et 8 de la Loi ne constituent pas une atteinte minimale aux droits des appelantes parce qu'il «eût été facilement possible de soustraire toute publicité de nature strictement informative, n'ayant aucune incidence prouvée, même au niveau des possibilités, sur la consommation, de la suppression générale». En conséquence, le juge Brossard a conclu, à la p. 442, que les art. 4, 5, 6 et 8 de la Loi ne pouvaient se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*, mais que les art. 7 et 9 le pouvaient. Il n'a pas confirmé l'interdiction de publicité de style de vie, même s'il a décidé que ce type de publicité était théoriquement justifiable en vertu de l'article premier, parce que le législateur n'avait pas fait dans la loi de distinction entre les types de publicité.

Les questions devant notre Cour

Les arguments présentés devant notre Cour ont porté sur deux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Lamer le 4 novembre 1993:

1. La *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20, relève-t-elle, en tout ou en partie, de la compétence du Parlement du Canada de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l'art. 91, ou en matière de droit criminel suivant le par. 91(27), de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou autrement?
2. La *Loi réglementant les produits du tabac* est-elle, en tout ou en partie, incompatible avec la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, apporte-

reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof?

t-elle une limite raisonnable à l'exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*?

Analysis

1. *Jurisdiction under the Constitution Act, 1867*

The Criminal Law Power

28

The first question arising on these appeals is whether the Act constitutes a valid exercise of the federal criminal law power and is therefore *intra vires* the federal Parliament. Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867* confers on the federal Parliament the exclusive power to legislate in relation to the criminal law. The criminal law power is plenary in nature and this Court has always defined its scope broadly. As Estey J. observed in *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 238, “[t]he terms of s. 91(27) of the Constitution must be read as assigning to Parliament exclusive jurisdiction over criminal law in the widest sense of the term”; see also *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 (P.C.), at pp. 528-29. In developing a definition of the criminal law, this Court has been careful not to freeze the definition in time or confine it to a fixed domain of activity; see *Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, at p. 311 (*per* Rand J.); *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, at pp. 950-51 (*per* Laskin C.J.). In *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (PATA), at p. 324, the Privy Council defined the federal criminal law power in the widest possible terms to include any prohibited act with penal consequences. Subsequent to that decision, this Court recognized that the Privy Council’s definition was too broad in that it would allow Parliament to invade areas of provincial legislative competence colourably simply by legislating in the proper form; see *Scowby*, *supra*, at p. 237. So, as Estey J. put it in *Scowby*, at p. 237, “it was accepted that some legitimate public purpose must underlie the prohibition”. This necessary adjustment was introduced in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the *Margarine Reference*). Rand J. drew

Analyse

1. *Compétence en vertu de la Loi constitutionnelle de 1867*

La compétence en matière de droit criminel

La première question soulevée dans les présents pourvois vise à déterminer si la Loi constitue un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel et est en conséquence *intra vires* du Parlement. Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement la compétence exclusive de légiférer relativement au droit criminel. Cette compétence est de nature plénière et notre Cour en a toujours défini largement la portée. Comme le juge Estey l’a fait remarquer dans l’arrêt *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, à la p. 238, «[l]es termes du par. 91(27) de la Constitution doivent être interprétés comme attribuant au Parlement la compétence exclusive en matière de droit criminel dans le sens plus large du terme»; voir aussi *Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 (C.P.), aux pp. 528 et 529. Dans l’élaboration d’une définition du droit criminel, notre Cour a pris soin de ne pas geler la définition à une époque déterminée ni de la restreindre à un domaine d’activité fixe; voir *Goodyear Tire and Rubber Co. c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303, à la p. 311 (le juge Rand); *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, aux pp. 950 et 951 (le juge en chef Laskin). Dans l’arrêt *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (PATA), à la p. 324, le Conseil privé a défini la compétence fédérale en matière de droit criminel dans le sens le plus large possible de façon à inclure tout acte interdit assorti de sanctions pénales. À la suite de cette décision, notre Cour a reconnu que la définition du Conseil privé était trop large car elle permettrait au Parlement, simplement en légiférant de la manière appropriée, d’empiéter spécieusement sur des domaines de compétence législative provinciale; voir *Scowby*, précité, à la p. 237. Comme l’affirme le juge Estey

attention, at pp. 49-50, to the need to identify the evil or injurious effect at which a penal prohibition was directed. He stated:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

Is the prohibition . . . enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law . . . [Emphasis added.]

See also *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 489.

Taking into account the broad definition of the criminal law developed by this Court, I am satisfied that the Act is, in pith and substance, criminal law. A law's pith and substance, or "matter", is best described as its dominant purpose or true character; see *Morgentaler, supra*, at pp. 481-82. From a plain reading of the Act, it seems clear that Parliament's purpose in enacting this legislation was to prohibit three categories of acts: advertisement of tobacco products (ss. 4 and 5), promotion of tobacco products (ss. 6 to 8) and sale of tobacco products without printed health warnings (s. 9). These prohibitions are accompanied by penal sanctions under s. 18 of the Act, which, as Lord Atkin noted in *PATA, supra*, at p. 324, creates at least a *prima facie* indication that the Act is criminal law. However, the crucial further question is whether the Act also has an underlying criminal public purpose in the sense described by Rand J. in the *Margarine Reference, supra*. The question, as Rand J.

dans *Scowby*, à la p. 237, «on a accepté que l'interdiction doit se fonder sur un objectif public légitime». Cet ajustement nécessaire a été introduit dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le *Renvoi sur la margarine*). Aux pages 49 et 50, le juge Rand a attiré l'attention sur la nécessité d'identifier le mal ou l'effet nuisible ou indésirable contre lequel la loi est dirigée. Il affirme:

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi interdit, avec des sanctions pénales appropriées; mais comme les prohibitions ne sont pas édictées dans le vide, nous sommes justifiés de chercher contre quel mal ou effet nuisible ou indésirable pour le public la loi est dirigée. Cet effet peut être relié à des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et la législature avait à l'esprit de supprimer le mal ou de protéger l'intérêt menacé.

La prohibition est-elle [. . .] adoptée en vue d'un objectif public qui peut la faire considérer comme relative au droit criminel? La paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé, la moralité: ce sont là des buts habituels, bien que non exclusifs, que poursuit ce droit . . . [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, à la p. 489.

Si l'on tient compte de la définition large du droit criminel établie par notre Cour, je suis convaincu que la Loi est, de par son caractère véritable, une loi en matière de droit criminel. La meilleure façon de décrire le caractère véritable d'une loi, ou la «matière» qu'elle vise, consiste à partir de son objet principal ou de son idée maîtresse; voir *Morgentaler, précité*, aux pp. 481 et 482. Si l'on interprète la Loi dans son sens ordinaire, il semble évident qu'elle avait pour objet d'interdire trois catégories d'actes: la publicité en faveur des produits du tabac (art. 4 et 5), la promotion des produits du tabac (art. 6 à 8) et la vente des produits du tabac dont l'emballage ne comporterait pas les messages relatifs à la santé (art. 9). Ces interdictions sont assorties de sanctions pénales en vertu de l'art. 18 de la Loi, lesquelles, comme le précise lord Atkin dans l'arrêt *PATA, précité*, à la p. 324, créent une indication du moins à première vue que la loi est de droit criminel. Cependant, l'autre

framed it, is whether the prohibition with penal consequences is directed at an “evil” or injurious effect upon the public.

30

In these cases, the evil targeted by Parliament is the detrimental health effects caused by tobacco consumption. This is apparent from s. 3, the Act’s “purpose” clause, which bears repeating here:

3. The purpose of this Act is to provide a legislative response to a national public health problem of substantial and pressing concern and, in particular,

(a) to protect the health of Canadians in the light of conclusive evidence implicating tobacco use in the incidence of numerous debilitating and fatal diseases;

(b) to protect young persons and others, to the extent that is reasonable in a free and democratic society, from inducements to use tobacco products and consequent dependence on them; and

(c) to enhance public awareness of the hazards of tobacco use by ensuring the effective communication of pertinent information to consumers of tobacco products.

Quite clearly, the common thread running throughout the three enumerated purposes in paras. 3(a) to (c) is a concern for public health and, more specifically, a concern with protecting Canadians from the hazards of tobacco consumption. This is a valid concern. A copious body of evidence was introduced at trial demonstrating convincingly, and this was not disputed by the appellants, that tobacco consumption is widespread in Canadian society and that it poses serious risks to the health of a great number of Canadians. I note in passing the well-established principle that a court is entitled, in a pith and substance analysis, to refer to extrinsic materials, such as related legislation, Parliamentary debates and evidence of the “mischief” at which the legislation is directed; see *Morgentaler*, *supra*, at pp. 483-84; *Reference Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 437; *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1

question importante est de savoir si la Loi a également un objectif public sous-jacent du droit criminel au sens où le décrit le juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine*, précité. Comme le précise le juge Rand, la question est de savoir si l’interdiction assortie de sanctions pénales est dirigée contre un «mal» ou un effet nuisible pour le public.

Dans les présents pourvois, le mal visé par le Parlement est l’effet nocif de l’usage du tabac sur la santé. Ceci ressort clairement de l’art. 3, la clause «objet» de la Loi, qu’il vaut la peine de reproduire ici:

3. La présente loi a pour objet de s’attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave, urgent et d’envergure nationale et, plus particulièrement:

a) de protéger la santé des Canadiennes et des Canadiens compte tenu des preuves établissant de façon indiscutable un lien entre l’usage du tabac et de nombreuses maladies débilitantes ou mortelles;

b) de préserver notamment les jeunes, autant que faire se peut dans une société libre et démocratique, des incitations à la consommation du tabac et du tabagisme qui peut en résulter;

c) de mieux sensibiliser les Canadiennes et les Canadiens aux méfaits du tabac par la diffusion efficace de l’information utile aux consommateurs de celui-ci.

Il est tout à fait évident que les trois objets énumérés aux al. 3a) à c) ont en commun un souci pour la santé publique, et plus particulièrement, un souci de protéger les Canadiens contre les méfaits du tabac. C’est un souci valide. On a présenté en première instance une preuve abondante établissant de façon convaincante (ce qui n’a pas été contesté par les appelantes) que l’usage du tabac est répandu dans la société canadienne et qu’il présente de graves dangers pour la santé d’un grand nombre de Canadiens. En passant, je tiens à mentionner le principe bien établi selon lequel un tribunal a le droit, dans le cadre d’une analyse du caractère véritable, de se reporter à une preuve extrinsèque, comme les textes législatifs connexes, les débats parlementaires et la preuve du «mal» que le texte vise à corriger; voir *Morgentaler*, précité, aux pp. 483 et 484; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, à la p. 437;

S.C.R. 297, at pp. 317-19. An appropriate starting point in an examination of these extrinsic materials is the speech given by Jake Epp, the Minister of National Health and Welfare, on November 23, 1987 before second reading of Bill C-51, which was later given Royal Assent to the Act. He stated (*House of Commons Debates*, vol. IX, at p. 11042):

The federal Government has taken an active role in addressing the issue of cigarette smoking. It is important for people to understand why smoking, which was thought of as merely a personal habit, has become a legitimate public concern. There is overwhelming evidence that tobacco smoke is the largest preventable cause of illness, disability and premature death in Canada. Moreover, it has also become evident that Canadians who are consistently exposed to smoke in the environment may suffer from adverse health effects. Not surprisingly, the public is increasingly asking for an environment that protects non-smokers from tobacco smoke.

As Minister of National Health and Welfare, my primary concern is the health of Canadians. Therefore, I must do all that I can to protect their health by discouraging the advertising and promotion of tobacco, and by increasing public health knowledge of the health hazards of smoking.

This is not a moral crusade. It is not a case of some overzealous individuals attempting to force their lifestyle on others. It is responsible government action in reaction to overwhelming evidence that tobacco, despite its widespread use by a third of the adult population, is actually responsible for 100 deaths a day in Canada.

Apart from shedding light upon the government's intent in introducing this legislation, this speech also gives some indication of the nature and scope of the societal problem posed by tobacco consumption. Statistics show that approximately 6.7 million Canadians, or 28 percent of Canadians over the age of 15, consume tobacco products; see expert report prepared for Health and Welfare Canada by Dr. Roberta G. Ferrence, *Trends in Tobacco Consumption in Canada, 1900-1987* (1989). The harm tobacco consumption causes

Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act, [1984] 1 R.C.S. 297, aux pp. 317 à 319. Comme point de départ de l'examen de ces documents extrinsèques, il convient d'examiner le discours prononcé par Jake Epp, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, le 23 novembre 1987, avant la deuxième lecture du projet de loi C-51, qui a plus tard reçu la sanction royale. Il affirme (*Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, à la p. 11042):

Le gouvernement fédéral s'attaque activement à la question de l'usage du tabac. Il est important que les gens comprennent pourquoi cet usage que l'on considèrerait simplement comme une habitude personnelle est devenu avec raison un sujet d'inquiétude publique. En effet, des preuves irréfutables démontrent que la fumée du tabac est la plus importante cause évitable de maladies, d'incapacités et de décès prématurés au Canada. De plus, il est devenu évident que les Canadiens qui sont exposés régulièrement à un environnement enfumé peuvent souffrir de conséquences nuisibles à leur santé. Il n'est donc pas étonnant que le public exige de plus en plus un environnement où les non-fumeurs sont protégés de la fumée du tabac.

En tant que ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, je me préoccupe avant tout de la santé des Canadiens. Je dois donc faire tout ce que je peux pour protéger leur santé en décourageant la publicité en faveur du tabac et en informant davantage le public sur les dangers que l'usage du tabac fait courir à la santé.

Il ne s'agit pas d'une croisade morale. Il ne s'agit pas de quelques personnes zélées qui tentent d'imposer leur style de vie aux autres. Il s'agit d'une mesure responsable que le gouvernement prend en réponse à des preuves irréfutables qui démontrent que le tabac cause effectivement près de 100 décès par jour au Canada même si le tiers de la population adulte fume.

En plus de clarifier l'intention du gouvernement au moment du dépôt de ce projet de loi, ce discours donne également une indication de la nature et de l'étendue du problème social posé par l'usage du tabac. Les statistiques révèlent qu'approximativement 6,7 millions de Canadiens, ou 28 pour 100 de la population canadienne de plus de 15 ans, consomment des produits du tabac; voir le rapport d'expert de Roberta G. Ferrence, rédigé pour Santé et Bien-être social Canada, *Trends in Tobacco Consumption in Canada, 1900-1987* (1989). Le

each year to individual Canadians, and to the community as a whole, is tragic. Indeed, it has been estimated that smoking causes the premature death of over 30,000 Canadians annually; see Neil E. Collinshaw, Walter Tostowaryk, Donald T. Wigle, "Mortality Attributable to Tobacco Use in Canada" (1988), 79 *Can. J. Pub. Health* 166; expert report prepared for Health and Welfare Canada by Dr. Donald T. Wigle, *Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective* (1989). Overwhelming evidence was introduced at trial that tobacco use is a principal cause of deadly cancers, heart disease and lung disease. In our day and age this conclusion has become almost a truism. Nonetheless, it is instructive to review a small sampling of some of the vast body of medical evidence adduced at trial attesting to the devastating health consequences that arise from tobacco consumption. The expert report of Dr. Anthony B. Miller, for example, contains the following statement, at p. 24 ("Tobacco Use and Cancer" (1989)):

The scientific evidence summarised in this statement shows that tobacco smoking causes lung, oral, larynx, esophagus, bladder, kidney and pancreas cancer, while oral use of tobacco causes oral cancer. Tobacco use causes 29% of the deaths that occur in Canada from cancer each year, i.e. an estimated excess of 15,300 deaths in 1989. Evidence is accumulating that passive smoking (exposure to environmental tobacco smoke) increases the risk of lung cancer in non-smokers.

Similarly, in the report of Dr. Donald T. Wigle, *supra*, one finds the following conclusion:

Tobacco smoke contains over 4,000 known chemicals many of which are toxic. Over 50 chemicals present in tobacco smoke and tobacco smoke *per se*, are known to cause cancer in animals, humans or both.

Smoking causes about 30% of all cancer deaths, 30% of all coronary heart disease deaths and about 85% of all chronic bronchitis/emphysema deaths in Canada and United States. In addition, smoking is a major cause of

mal que l'usage du tabac cause chaque année aux Canadiens, de façon individuelle ou globale, est tragique. En fait, on a estimé que la cigarette cause le décès prématuré de plus de 30 000 Canadiens chaque année; voir Neil E. Collinshaw, Walter Tostowaryk et Donald T. Wigle, «Mortality Attributable to Tobacco Use in Canada» (1988), 79 *Can. J. Pub. Health* 166; rapport d'expert de Donald T. Wigle, rédigé pour Santé et Bien-être social Canada, *Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective* (1989). On a déposé en première instance une preuve abondante établissant que l'usage du tabac est une cause principale de cancer, ainsi que de maladies cardiaques et pulmonaires causant la mort. De nos jours, cette conclusion est devenue presque un truisme. Néanmoins, il est instructif d'examiner quelques extraits de la vaste preuve médicale présentée en première instance relativement aux conséquences dévastatrices de l'usage du tabac sur la santé. Par exemple, le rapport d'expert d'Anthony B. Miller, renferme l'affirmation suivante, à la p. 24. («Tobacco Use and Cancer» (1989)):

[TRADUCTION] La preuve scientifique résumée dans le présent énoncé révèle que l'habitude de fumer cause le cancer des poumons, de la bouche, du larynx, de l'œsophage, de la vessie, des reins et du pancréas, et que l'usage oral du tabac cause le cancer de la bouche. L'usage du tabac est la cause de 29 pour 100 des décès attribuables au cancer chaque année, soit environ plus de 15 300 décès en 1989. Il y a de plus en plus de données qui établissent que le tabagisme passif (inhalation involontaire de fumée de tabac) accroît le risque de cancer des poumons chez les non-fumeurs.

De même, dans le rapport de Donald T. Wigle, *op. cit.*, on trouve la conclusion suivante:

[TRADUCTION] La fumée de tabac contient plus de 4 000 substances chimiques connues, dont beaucoup sont toxiques. Plus de 50 substances chimiques présentes dans la fumée de tabac, et la fumée de tabac elle-même, sont une cause connue du cancer chez les animaux et les humains.

L'usage du tabac cause environ 30 pour 100 de tous les décès attribuables au cancer, 30 pour 100 de tous les décès attribuables à l'insuffisance coronarienne et environ 85 pour 100 de tous les décès attribuables à la

deaths due to aortic aneurysms, peripheral artery disease and fires. There is growing evidence that smoking is also an important cause of deaths due to stroke.

In terms of the scientific evidence available, the causal role of smoking in the major diseases described above is firmly established beyond all reasonable doubt. This conclusion is accepted by all leading health professional organizations and by many governments and international agencies including:

- Canadian Medical Association
- Canadian Public Health Association
- Health and Welfare Canada
- Canadian Cancer Society
- Canadian Lung Association
- Canadian Heart Foundation
- Canadian Council on Smoking and Health
- U.S. Surgeon General/U.S. Department of Health and Human Services
- World Health Organization
- International Agency for Research on Cancer.

It appears, then, that the detrimental health effects of tobacco consumption are both dramatic and substantial. Put bluntly, tobacco kills. Given this fact, can Parliament validly employ the criminal law to prohibit tobacco manufacturers from inducing Canadians to consume these products, and to increase public awareness concerning the hazards of their use? In my view, there is no question that it can. “Health”, of course, is not an enumerated head under the *Constitution Act, 1867*. As Estey J. observed in *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 142:

... “health” is not a matter which is subject to specific constitutional assignment but instead is an amorphous topic which can be addressed by valid federal or provincial legislation, depending in the circumstances of each case on the nature or scope of the health problem in question.

bronchite/emphysème chronique au Canada et aux États-Unis. De plus, l’habitude de fumer est une cause importante des décès attribuables aux anévrismes aortiques, aux maladies artérielles périphériques et aux incendies. Il existe de plus en plus de données que l’usage du tabac est également une importante cause des décès résultant d’accidents cérébrovasculaires.

La documentation scientifique établit bien hors de tout doute raisonnable le rôle de l’usage du tabac comme cause des principales maladies qui viennent d’être décrites. Cette conclusion est acceptée par toutes les grandes organisations professionnelles de la santé ainsi que par de nombreux gouvernements et organismes internationaux, dont:

- Association médicale canadienne
- Association canadienne de santé publique
- Santé et Bien-être social Canada
- Société canadienne du cancer
- Association pulmonaire du Canada
- Fondation canadienne des maladies du cœur
- Conseil canadien sur le tabagisme et la santé
- Surgeon General et Department of Health and Human Services des États-Unis
- Organisation mondiale de la santé
- Centre international de recherche sur le cancer.

Il appert donc que les effets nocifs de l’usage du tabac sur la santé sont à la fois saisissants et importants. En deux mots, le tabac tue. Compte tenu de ce fait, le Parlement peut-il valablement se servir du droit criminel pour interdire aux fabricants des produits du tabac d’inciter la population canadienne à consommer ces produits et pour mieux la sensibiliser aux méfaits du tabac? À mon avis, il ne fait aucun doute qu’il peut le faire. De toute évidence, la «santé» n’est pas un chef de compétence énuméré dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le fait observer le juge Estey dans l’arrêt *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, à la p. 142:

... la «santé» n’est pas l’objet d’une attribution constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé que les lois fédérales ou provinciales valides peuvent aborder selon la nature ou la portée du problème de santé en cause dans chaque cas.

Given the “amorphous” nature of health as a constitutional matter, and the resulting fact that Parliament and the provincial legislatures may both validly legislate in this area, it is important to emphasize once again the plenary nature of the criminal law power. In the *Margarine Reference*, *supra*, at pp. 49-50, Rand J. made it clear that the protection of “health” is one of the “ordinary ends” served by the criminal law, and that the criminal law power may validly be used to safeguard the public from any “injurious or undesirable effect”. The scope of the federal power to create criminal legislation with respect to health matters is broad, and is circumscribed only by the requirements that the legislation must contain a prohibition accompanied by a penal sanction and must be directed at a legitimate public health evil. If a given piece of federal legislation contains these features, and if that legislation is not otherwise a “colourable” intrusion upon provincial jurisdiction, then it is valid as criminal law; see *Scowby*, *supra*, at pp. 237-38.

Vu que la santé comme matière constitutionnelle présente un caractère «informe» et qu’il s’ensuit que tant le Parlement que les législatures provinciales peuvent valablement légiférer dans ce domaine, il importe de faire ressortir de nouveau la nature plénière de la compétence en matière de droit criminel. Dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, aux pp. 49 et 50, le juge Rand établit clairement que la protection de la «santé» constitue un des «buts habituels» du droit criminel, et que la compétence en matière de droit criminel peut valablement être exercée pour protéger le public contre un «effet nuisible ou indésirable». Le fédéral possède une vaste compétence pour ce qui est de l’adoption de lois en matière criminelle relativement à des questions de santé, et cette compétence n’est circonscrite que par les exigences voulant qu’elles comportent une interdiction accompagnée d’une sanction pénale, et qu’elles visent un mal légitime pour la santé publique. Si une loi fédérale donnée possède ces caractéristiques et ne constitue pas par ailleurs un empiètement «spécieux» sur la compétence provinciale, c’est alors une loi valide en matière criminelle; voir *Scowby*, précité, aux pp. 237 et 238.

33

As I have indicated, it is clear that this legislation is directed at a public health evil and that it contains prohibitions accompanied by penal sanctions. Is it colourable? In my view, it is not. Indeed, it is difficult to conceive what Parliament’s purpose could have been in enacting this legislation apart from the reduction of tobacco consumption and the protection of public health. If Parliament’s underlying purpose or intent had been to encroach specifically upon the provincial power to regulate advertising, it would surely have enacted legislation applying to advertising in more than one industry. Similarly, if Parliament’s intent had been to regulate the tobacco industry as an industry, and not merely to combat the ancillary health effects resulting from tobacco consumption, then it would surely have enacted provisions that relate to such matters as product quality, pricing and labour relations. In this respect, the present cases must be distinguished from cases such as *Morgentaler*, *supra*, where there was evidence that Nova Scotia’s major purpose in enacting the *Medical Ser-*

Comme je l’ai indiqué, il est clair que la loi est dirigée contre un mal touchant la santé publique et qu’elle renferme des interdictions assorties de sanctions pénales. Est-elle spécieuse? À mon avis, elle ne l’est pas. En fait, outre la diminution de l’usage du tabac et la protection de la santé publique, il est difficile de concevoir quel aurait pu être l’objectif du Parlement lorsqu’il a adopté cette loi. Si l’objet ou l’intention sous-jacents du Parlement avaient été d’empiéter spécifiquement sur la compétence provinciale en matière de réglementation de la publicité, il aurait certainement adopté une loi applicable à la publicité dans plus d’une industrie. De même, si l’intention du Parlement avait été de réglementer l’industrie du tabac en tant qu’industrie, et non simplement de lutter contre les effets indirects de l’usage du tabac sur la santé, il aurait sûrement adopté des dispositions se rapportant à des questions comme la qualité du produit, la fixation des prix et les relations du travail. Égard, les présents pourvois se distinguent nettement de l’arrêt *Morgentaler*, précité, dans le

vices Act, R.S.N.S. 1989, c. 281, which purported to be for the control of private health care facilities, was in fact the elimination of free-standing abortion clinics, or *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, where it was clear that Quebec's intention in enacting the *Act Respecting Communistic Propaganda*, R.S.Q. 1941, c. 52, was not to control the use of property but to suppress freedom of speech, a federal matter. In both these cases, it was clear that the provincial legislature was attempting to intrude indirectly upon federal powers when it could not do so directly; see also *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, *supra*. By contrast, there is no evidence in the present cases that Parliament had an ulterior motive in enacting this legislation, or that it was attempting to intrude unjustifiably upon provincial powers under ss. 92(13) and (16). They thus differ from the *Margarine Reference*, *supra*, where the prohibition was not really directed at curtailing a public evil, but was in reality, in pith and substance, aimed at regulating the dairy industry.

Why, then, has Parliament chosen to prohibit tobacco advertising, and not tobacco consumption itself? In my view, there is a compelling explanation for this choice. It is not that Parliament was attempting to intrude colourably upon provincial jurisdiction but that a prohibition upon the sale or consumption of tobacco is not a practical policy option at this time. It must be kept in mind that the very nature of tobacco consumption makes government action problematic. Many scientists agree that the nicotine found in tobacco is a powerfully addictive drug. For example, the United States Surgeon General has concluded that “[c]igarettes and other forms of tobacco are addicting” and that “the processes that determine tobacco addiction are similar to those that determine addiction to other drugs, including illegal drugs”; see *The Health Consequences of Smoking — Nicotine Addiction — A report of the Surgeon General* (1988). Given the addictive nature of tobacco

existait une preuve que la Nouvelle-Écosse visait avant tout l'élimination des cliniques d'avortement autonomes, lorsqu'elle a adopté la *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 281, dont l'objet était supposément de contrôler les établissements de santé privés, et de l'arrêt *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, dans lequel il était évident que le Québec, en adoptant la *Loi concernant la propagande communiste*, S.R.Q. 1941, ch. 52, ne visait pas à contrôler l'utilisation des biens mais plutôt à supprimer la liberté d'expression, matière de compétence fédérale. Dans ces deux affaires, il est clair que la législature provinciale tentait d'empiéter indirectement sur les compétences fédérales parce qu'elle ne pouvait le faire directement; voir aussi le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité. Par contre, il n'existe dans les présents pourvois aucune preuve que le Parlement avait une arrière-pensée lorsqu'il a adopté cette loi, ou encore qu'il tentait d'empiéter de façon injustifiable sur les compétences attribuées aux provinces en vertu des par. 92(13) et (16). Les présents pourvois diffèrent donc du *Renvoi sur la margarine*, précité, dans lequel l'interdiction ne visait pas vraiment à s'attaquer à un mal public, mais en fait, compte tenu du caractère véritable de la loi en cause, à réglementer l'industrie laitière.

Pourquoi, alors, le Parlement a-t-il choisi d'interdire la publicité en faveur des produits du tabac et non leur usage? À mon avis, ce choix repose sur une justification impérative. En fait, ce n'est pas que le Parlement tentait d'empiéter de façon déguisée sur une compétence provinciale, mais bien qu'une interdiction de vente ou d'usage du tabac ne constitue pas pour lui une option politique pratique pour le moment. Il faut se rappeler que la nature même de l'usage du tabac rend l'action gouvernementale problématique. De nombreux scientifiques conviennent que la nicotine que l'on trouve dans le tabac constitue une drogue qui crée une forte dépendance. Par exemple, le Surgeon General des États-Unis a conclu que [TRADUCTION] «[l]es cigarettes et les autres types de produits du tabac créent une dépendance» et que «les méthodes de détermination de la dépendance au tabac sont semblables à celles utilisées pour d'autres drogues, y compris les drogues illicites»;

products, and the fact that over one-third of Canadians smoke, it is clear that a legislative prohibition on the sale and use of tobacco products would be highly impractical. Indeed a prohibition on the manufacture and sale of tobacco products would likely lead many smokers to resort to alternative, and illegal, sources of supply. As legislators in this country discovered earlier in the century, the prohibition of a social drug such as tobacco or alcohol leads almost inevitably to an increase in smuggling and crime.

35

However, the mere fact that it is not practical or realistic to implement a prohibition on the use or manufacture of tobacco products does not mean that Parliament cannot, or should not, resort to other intermediate policy options. As Sheila Copps, then an opposition MP, commented during the debate concerning Bill C-51, *House of Commons Debates, supra*, at p. 11047:

We realize that tobacco has been a part of our culture for many hundreds of years. We realize that the negative health effects of tobacco have become evident only in the last number of years. Yet frankly, from a strict political point of view, I do not think any political party would want to go into the next election trumpeting itself as the party which will introduce prohibition on tobacco. That is a fact.

If we are stopping short of actually banning the sale of this hazardous product, what steps are we prepared to take to cut down on its use over the next number of years? Certainly, a ban on tobacco advertising is one strategy which is supportable in the move to cut down on the consumption of tobacco.

Jake Epp, the Minister of National Health and Welfare, made a similar observation during the debate, at p. 11045:

Prohibiting the sale of a social drug like tobacco is not feasible, but prohibiting the advertising and promotion of this toxic substance is both feasible and desirable

voir *The Health Consequences of Smoking — Nicotine Addiction — A report of the Surgeon General* (1988). Vu que les produits du tabac créent une dépendance et que plus d'un tiers de la population canadienne fume, il est clair qu'une interdiction législative de vente et d'usage des produits du tabac est tout à fait inconcevable en pratique. En effet, interdire la fabrication et la vente des produits du tabac inciterait vraisemblablement de nombreux fumeurs à s'approvisionner autrement et illégalement. Comme les législateurs de notre pays l'ont découvert au début du siècle, l'interdiction d'une drogue sociale comme le tabac ou l'alcool mène presque inévitablement à un accroissement de la contrebande et du crime.

Cependant, le simple fait qu'il n'est ni pratique ni réaliste de mettre en œuvre une interdiction d'usage ou de fabrication des produits du tabac ne signifie pas que le Parlement ne peut ni ne devrait avoir recours à d'autres options intermédiaires. Comme l'a affirmé M^{me} Sheila Copps, alors députée de l'opposition, au cours du débat sur le projet de loi C-51, *Débats de la Chambre des communes, op. cit.*, à la p. 11047:

Nous savons que le tabac fait partie de notre culture depuis des siècles, et que ses effets nocifs ne sont connus que depuis quelques années. Pourtant, il faut bien admettre qu'aucun parti politique, à mon avis, mènerait une campagne électorale tambour battant sur l'interdiction du tabac. Voilà la réalité.

Or, si nous sommes encore bien loin d'interdire la vente de ce produit dangereux, jusqu'où accepterions-nous d'aller pour en réduire progressivement la consommation? Certes, interdire la publicité sur le tabac est une politique acceptable comme mesure progressive.

Jake Epp, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, a fait une observation similaire au cours du débat, à la p. 11045:

Il n'est pas possible d'interdire la vente d'une drogue aussi répandue dans notre société que le tabac peut l'être, mais il est à la fois possible et souhaitable d'en interdire la publicité et la promotion . . .

The advertising ban is but only a part, although a key part, of a long term comprehensive health oriented policy on tobacco and smoking. The long term objective is to bring about a significant decline in smoking and tobacco consumption. An essential tool for meeting this objective is the national program to reduce tobacco use, a joint effort of provincial, territorial, and the federal Governments plus major health organizations. In the short term, the Government's objectives are to strengthen the existing trend against the social acceptability of smoking and to enhance the credibility of the health message.

It is apparent from these comments that the social problems created by tobacco consumption are complex and that innovative legislative solutions are required to address them effectively. Faced with the insurmountable difficulties a complete prohibition upon tobacco consumption would create, the federal Parliament has undertaken the task of devising such solutions. Indeed, the Act forms only one part of a comprehensive and multi-faceted federal and provincial program to control and reduce the consumption of tobacco. This program has been in development for over 25 years. As early as 1969, the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs produced a report entitled *Report of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs on Tobacco and Cigarette Smoking* (1969). In that report, the Committee advocated the progressive elimination of tobacco consumption through the introduction of intermediate measures. The Committee stated, at p. 30:

While it is clear that cigarette sales cannot be banned at this time, it is equally clear that the production, distribution and sale of cigarettes should no longer be considered in the same light as the production, distribution and sale of other products. It seems reasonable to introduce whatever steps are feasible to progressively eliminate the promotion of cigarette sales and preparations should be made to assist growers and others affected by reductions in cigarette sales. It is also desirable to increase educational efforts to discourage cigarette smoking and to expand activities to make cigarette smoking less hazardous for those who continue to smoke.

L'interdiction de la publicité n'est qu'un aspect, même s'il est important, d'une vaste politique à long terme, en matière de santé, concernant le tabac et son usage. L'objectif à long terme est d'abaisser notablement la consommation de tabac. L'outil essentiel pour y parvenir est le programme national de réduction de l'usage du tabac, effort conjoint des gouvernements provinciaux, territoriaux et fédéral et des principales organisations du domaine de la santé. À court terme, les objectifs du gouvernement sont de renforcer la tendance actuelle contre l'acceptabilité sociale de l'usage du tabac et d'améliorer la crédibilité du message dénonçant le coût pour la santé.

Ces commentaires indiquent clairement que les problèmes sociaux créés par l'usage du tabac sont complexes et qu'il faut de nouvelles solutions législatives pour les résoudre efficacement. Aux prises avec les difficultés insurmontables que créerait l'interdiction complète de l'usage du tabac, le Parlement a entrepris de concevoir ces solutions. En fait, la Loi ne constitue qu'une facette d'un programme fédéral et provincial exhaustif destiné à contrôler et à réduire l'usage du tabac. Ce programme évolue depuis plus de 25 ans. En effet, dès 1969, le Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales a produit un rapport intitulé: *Rapport du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales sur l'usage du tabac et de la cigarette* (1969). Dans ce rapport, le Comité préconise l'élimination progressive de l'usage du tabac par l'établissement de mesures intermédiaires. Il affirme à la p. 30:

Bien qu'il soit évident que la vente des cigarettes ne peut pas être interdite en ce moment, il est également manifeste que la production, la distribution et la vente de ces produits ne peuvent plus être envisagées dans la même perspective que la production, la distribution et la vente d'autres produits. Il semble raisonnable, au présent stade, de recourir à toute mesure pratique en vue d'éliminer progressivement la promotion des ventes de cigarettes et il faut en même temps établir des projets destinés à aider les producteurs et les autres personnes qui seront lésées par la mévente des cigarettes. Il serait en outre souhaitable d'intensifier les mesures d'éducation populaire en vue de décourager les fumeurs et de déployer des efforts en vue de rendre la cigarette moins dangereuse pour les fumeurs invétérés.

In this regard, the Committee recommended, at p. 32, that "cigarette advertising and all other promotion of cigarette sales be progressively eliminated" and suggested, at pp. 52-53, a complete elimination of all cigarette promotional activities within four years from enactment of any legislation. Since 1969, the Department of National Health and Welfare has introduced a variety of educational programmes and has supported research and health promotion organizations in the battle against tobacco consumption. In 1983, for example, Health and Welfare Canada published *Canadian Initiatives in Smoking and Health* in which it stated, at pp. 79 and 81:

A major initiative toward concerted action with the ten provinces and the two territories began in 1980, when smoking and health was identified as a high priority area for joint action. In November 1980, a federal-provincial working group was established.

When this task force reported back a year later, both federal and provincial governments were involved in a variety of smoking prevention, cessation, and research projects. The scale of these activities had grown apace and presented many opportunities for mutual assistance and cooperation.

For its part, the federal government was engaged in support, research, and program development and implementation in several critical areas.

The Health Promotion Directorate, responsible for the overall smoking and health program, was engaged in research and data base development projects; a major national prevention project, "Toward a Generation of Non-Smoking Canadians"; a cessation project with community pharmacists; and a mass media, community-linked cessation campaign, "Time to Quit", aimed at the general public.

À cet égard, le Comité a recommandé à la p. 32 que «la publicité sur la cigarette et toute autre forme de promotion des ventes de cigarettes soient progressivement éliminées», et il a proposé aux pp. 52 et 53 une élimination complète de toute publicité sur la cigarette dans les quatre années suivant l'adoption d'une loi. Depuis 1969, le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social a présenté toute une gamme de programmes éducatifs et a appuyé les organismes de recherche et de promotion de la santé dans la lutte contre l'usage du tabac. Par exemple, en 1983, Santé et Bien-être social Canada a publié un document intitulé *Initiatives canadiennes en matière de santé et de lutte contre l'usage du tabac* dans lequel il affirme aux pp. 80 et 82:

Une initiative d'envergure visant à favoriser la prise de mesures concertée par les provinces et les deux territoires du Canada débuta en 1980, lorsque la santé et la lutte contre le tabagisme furent définis comme étant des secteurs prioritaires à l'égard desquels il convenait de prendre des mesures conjointes. En novembre 1980, un groupe de travail fédéral-provincial fut créé.

Lorsque ce groupe de travail présenta son rapport un an plus tard, les autorités tant fédérales que provinciales étaient engagées dans toute une gamme de projets axés sur la prévention du tabagisme, sur la cessation et sur la recherche. L'envergure de ces activités avait connu une expansion rapide et offrait de nombreuses possibilités d'aide et de collaboration.

Pour sa part, le gouvernement fédéral s'occupait de financement, de recherche ainsi que d'élaboration et de mise sur pied de programmes dans plusieurs secteurs critiques.

La Direction de la promotion de la santé, chargée de l'administration de l'ensemble du Programme canadien sur le tabac et la santé, exécutait les projets de recherche et de création de banques de données, un projet national d'envergure en matière de prévention, «Vers une génération de non-fumeurs», un projet de lutte contre le tabagisme conjointement avec les pharmaciens communautaires, ainsi qu'une campagne de lutte contre le tabagisme administrée dans les collectivités et diffusée dans les médias à l'intention du grand public qui s'intitulait «Moi aussi, j'écrase».

In 1985, “federal, provincial and territorial ministers of health agreed to work jointly with non-governmental organizations in the development and implementation of a National Program to Reduce Tobacco Use” (“Break free — For a new generation of non-smokers”); see Health and Welfare Canada, *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective* (1987). In June 1987, Health and Welfare Canada released a “Directional paper of the national program to reduce tobacco use in Canada”, where, at p. 4, seven “strategic directions” were recommended to “achieve a non-smoking program that will assist in producing a generation of non-smokers by the year 2000”:

1. Legislation
2. Access to Information
3. Availability of Services/Programs
4. Message Promotion
5. Support for Citizen Action
6. Intersectoral Policy Coordination
7. Research/Knowledge Development

Among the legislative measures recommended in that Paper were the identification of tobacco products as hazardous products and the “prohibition of direct or indirect advertising, promotion and sponsorship of tobacco products or requirement of large health warnings to make promotion less attractive” (p. 20). In 1988, the legislative committee responsible for studying Bill C-51, which was subsequently adopted by Parliament as the Act, held hearings and heard from 104 organizations representing a variety of interests, including medicine, transport, advertising, smokers’ rights, non-smokers’ rights, and tobacco production.

Subsequent to the passage of the Act, Parliament has also introduced an array of legislative measures as part of its larger initiative to curb tobacco consumption. These include a law prohibiting the sale of tobacco to minors (*Tobacco Sales to Young Persons Act*, S.C. 1993, c. 5.), a law eliminating

En 1985, [TRADUCTION] «les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux de la santé ont accepté de travailler conjointement avec les organismes non gouvernementaux à l’élaboration et à la mise en œuvre d’un programme national de lutte contre le tabagisme» («Pour une nouvelle génération de non-fumeurs»); voir Santé et Bien-être social Canada, *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective* (1987). En juin 1987, Santé et Bien-être social Canada a publié un «Document d’orientation du programme national de lutte contre le tabagisme au Canada», dans lequel, à la p. 4, on recommandait sept «orientations stratégiques» pour «favoriser le non-usage du tabac en vue de créer une génération de non-fumeurs d’ici l’an 2000»:

1. Législation
2. Accès à l’information
3. Accessibilité des services et des programmes
4. Diffusion de messages anti-tabac
5. Appui des initiatives communautaires
6. Coordination intersectorielle
7. Expansion des connaissances et des recherches

Parmi les mesures législatives recommandées dans ce document, on note entre autres qu’il faut indiquer que les produits du tabac sont des substances toxiques et qu’il faut «interdire la publicité, la promotion et le parrainage directs ou indirects des produits du tabac; rendre la promotion de ces produits moins attrayante ou exiger que l’emballage de tous les produits du tabac porte des mises en garde bien en évidence» (p. 20). En 1988, le comité législatif responsable de l’étude du projet de loi C-51, qui est par la suite devenu la Loi, a tenu des auditions au cours desquelles il a obtenu le point de vue de 104 organisations représentatives de tout un éventail d’intérêts: médecine, transports, publicité, groupes de fumeurs, groupes de non-fumeurs et producteurs de tabac.

À la suite de l’adoption de la Loi, le Parlement a aussi déposé toute une gamme de mesures législatives dans le cadre de son vaste programme de lutte contre l’usage du tabac. Mentionnons notamment une loi interdisant la vente de produits du tabac à des mineurs (*Loi sur la vente du tabac aux*

smoking in federal government work environments (*Non-smokers' Health Act*, S.C. 1988, c. 21), and the prohibition of the sale of cigarettes in the small package formats often purchased by children (so-called "kiddie packs" of less than 20 cigarettes); see *An Act to amend the Excise Act, the Customs Act and the Tobacco Sales to Young Persons Act*, S.C. 1994, c. 37. Parliament has also sought to reduce smoking through major tax increases in 1985, 1989 and 1991, although taxes were partially rolled back in 1994 due to a large contraband problem. Also relevant is that nine provinces have introduced legislation respecting the sale of tobacco to young persons and smoking in public places (*Tobacco Control Act, 1994*, S.O. 1994, c. 10; *Tobacco Control Act*, S.N. 1993, c. T-4.1; *Tobacco Access Act*, S.N.S. 1993, c. 14; *Tobacco Sales Act*, S.N.B. 1993, c. T-6.1; *Tobacco Sales to Minors Act*, S.P.E.I. 1991, c. 44; *The Minors Tobacco Act*, R.S.S. 1965, c. 381; *An Act to Protect the Health of Non-smokers*, S.M. 1990, c. S125; *Tobacco Product Act*, R.S.B.C. 1979, c. 403, as amended, S.B.C. 1992, c. 81; *An Act Respecting the Protection of Non-smokers in Certain Public Places*, R.S.Q., c. P-38.01).

jeunes, L.C. 1993, ch. 5), une loi éliminant l'usage du tabac dans les lieux de travail fédéraux (*Loi sur la santé des non-fumeurs*, L.C. 1988, ch. 21) et une loi interdisant la vente de cigarettes dans des petits paquets souvent achetés par des enfants (contenant moins de 20 cigarettes); voir la *Loi modifiant la Loi sur l'accise, la Loi sur les douanes et la Loi sur la vente du tabac aux jeunes*, L.C. 1994, ch. 37. Le Parlement a également cherché à réduire l'usage du tabac par d'importantes majorations de taxes en 1985, 1989 et 1991; cependant, ces taxes ont été partiellement éliminées en 1994 à cause d'un grave problème de contrebande. Il est également pertinent de mentionner que neuf provinces ont adopté des lois relatives à la vente de tabac aux jeunes et à l'usage du tabac dans les endroits publics (*Loi de 1994 sur la réglementation de l'usage du tabac*, L.O. 1994, ch. 10; *Tobacco Control Act*, S.N. 1993, ch. T-4.1; *Tobacco Access Act*, S.N.S. 1993, ch. 14; *Loi sur les ventes de tabac*, L.N.-B. 1993, ch. T-6.1; *Tobacco Sales to Minors Act*, S.P.E.I. 1991, ch. 44; *The Minors Tobacco Act*, R.S.S. 1965, ch. 381; *Loi sur la protection de la santé des non-fumeurs*, L.M. 1990, ch. S125; *Tobacco Product Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 403, modifiée, S.B.C. 1992, ch. 81; *Loi sur la protection des non-fumeurs dans certains lieux publics*, L.R.Q., ch. P-38.01).

39

Quite clearly, then, Parliament has been innovative in seeking to find alternatives to a prohibition on the sale or use of tobacco. In light of the practical difficulties entailed in prohibiting the sale or consumption of tobacco, and the resulting need for innovative legislative solutions, Parliament's decision to criminalize tobacco advertisement and promotion is, in my view, a valid exercise of the criminal law power. This Court has long recognized that Parliament may validly employ the criminal law power to prohibit or control the manufacture, sale and distribution of products that present a danger to public health, and that Parliament may also validly impose labelling and packaging requirements on dangerous products with a view to protecting public health. This was recognized as early as the *Margarine Reference*, *supra*. There, it is true, this Court decided that s. 5(a) of the *Dairy Industry Act*, R.S.C. 1927, c. 45, which prohibited

Il est très clair que le Parlement a été innovateur en cherchant à trouver des solutions de rechange à une interdiction de vente ou d'usage du tabac. Compte tenu des difficultés pratiques liées à une telle interdiction et de la nécessité qui s'ensuit de trouver des solutions législatives innovatrices, la décision du Parlement de rendre criminelles la publicité et la promotion du tabac constitue, à mon avis, un exercice valide de sa compétence en matière de droit criminel. Notre Cour a depuis longtemps reconnu que le Parlement peut valablement utiliser cette compétence pour interdire ou contrôler la fabrication, la vente et la distribution de produits qui présentent un danger pour la santé publique, et qu'il peut aussi valablement imposer des exigences en matière d'étiquetage et d'emballage de produits dangereux dans le but de protéger la santé publique. Cela a été reconnu dès le *Renvoi sur la margarine*, précité. Certes, dans ce renvoi,

the importation of margarine into Canada, was *ultra vires* the federal Parliament, but this decision was based on the holding that margarine was not a threat to the health of Canadians and, accordingly, that s. 5(a) was an invalid intrusion upon the provincial power to regulate local trade. However, in so deciding, the Court also made clear that the federal Parliament could validly legislate under the criminal law power with respect to health and product safety. In his concurring reasons, *supra*, at pp. 82-83, Locke J. stated:

It cannot, in my opinion, be successfully contended that if the real purpose of the prohibition of the importation, manufacture or sale of these products was the protection of the general health of the public the Dominion might not properly legislate.

Later, in *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284, this Court addressed the question whether ss. 8 and 9 of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, which prohibited the sale of drugs prepared under unsanitary conditions and false or misleading advertisement of drugs, were a valid exercise of the federal criminal law power. Those provisions read as follows:

8. No person shall sell any drug that

(a) was manufactured, prepared, preserved, packed or stored under unsanitary conditions; . . .

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.

In upholding the constitutionality of these provisions under s. 91(27), Laskin C.J., writing for the majority, stated, at pp. 288-89:

An examination of the various provisions of the *Food and Drugs Act* shows that it goes beyond mere prohibi-

notre Cour a décidé que l'al. 5a) de la *Loi de l'industrie laitière*, S.R.C. 1927, ch. 45, qui interdisait l'importation de margarine au Canada, était *ultra vires* du Parlement; cependant, en prenant cette décision, notre Cour est partie de la prémisse que la margarine ne constituait pas un danger pour la santé des Canadiens et elle a en conséquence statué que l'al. 5a) constituait un empiétement non valide sur la compétence provinciale de réglementer le commerce local. Toutefois, dans sa décision, notre Cour a clairement établi que le Parlement pouvait valablement légiférer en vertu de sa compétence en matière de droit criminel relativement à la santé et à la sécurité des produits. Dans des motifs concordants, aux pp. 82 et 83, le juge Locke affirme:

[TRADUCTION] À mon avis, on ne peut avoir gain de cause en soutenant que le Dominion ne peut légiférer si l'objet réel de l'interdiction d'importation, de fabrication ou de vente de ces produits est la protection de la santé du public.

Plus tard, dans l'arrêt *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, notre Cour a examiné la question de savoir si les art. 8 et 9 de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27, qui interdisaient la vente de drogues préparées dans des conditions non hygiéniques et l'annonce de manière fausse et trompeuse de drogues, constituaient un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Voici le libellé des dispositions en question:

8. Nul ne doit vendre quelque drogue

a) qui a été fabriquée, préparée, conservée, emballée ou emmagasinée dans des conditions non hygiéniques; . . .

9. (1) Nul ne doit étiqueter, emballer, traiter, préparer, vendre ou annoncer quelque drogue de manière fausse, trompeuse ou mensongère, ou qui peut créer une fausse impression quant à la nature, valeur, quantité, composition, ou quant aux avantages ou à la sûreté de la drogue.

Lorsqu'il a confirmé la constitutionnalité de ces dispositions en vertu du par. 91(27), le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la majorité, affirme aux pp. 288 et 289:

Il ressort d'un examen des différentes dispositions de la *Loi des aliments et drogues* que cette loi va au delà de

tion to bring it solely within s. 91(27) but that it also involves a prescription of standards, including labelling and packaging as well as control of manufacture. The ramifications of the legislation, encompassing food, drugs, cosmetics and devices and the emphasis on marketing standards seem to me to subjoin a trade and commerce aspect beyond mere criminal law alone. There appear to be three categories of provisions in the *Food and Drugs Act*. Those that are in s. 8 are aimed at protecting the physical health and safety of the public. Those that are in s. 9 are aimed at marketing and those dealing with controlled drugs in Part III of the Act are aimed at protecting the moral health of the public. One may properly characterize the first and third categories as falling under the criminal law power but the second category certainly invites the application of the trade and commerce power.

However, it is unnecessary to pursue this issue and it has been well understood over many years that protection of food and other products against adulteration and to enforce standards of purity are properly assigned to the criminal law. [Emphasis added.]

It is clear from Laskin C.J.'s analysis that legislation with respect to food and drugs that is aimed at protecting the "physical health and safety of the public" is a valid exercise of the federal criminal law power. This was also the view of the British Columbia Court of Appeal in *Standard Sausage Co. v. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501, supplemented by addendum at [1934] 1 D.L.R. 706, affirmed in *Wetmore, supra*, at pp. 292-93, where it upheld the constitutionality under the criminal law power of a prohibition against the adulteration of foods under ss. 3, 4 and 23 of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1927, c. 76. In reaching this decision, Macdonald J.A. stated, at pp. 506-7:

... if the Federal Parliament, to protect the public health against actual or threatened danger, places restrictions on, and limits the number of preservatives that may be used, it may do so under s. 91 (27) of the B.N.A. Act. This is not in essence an interference with property and civil rights. That may follow as an incident but the real purpose (not colourable and not merely to aid what in

la simple prohibition et qu'elle fixe des normes notamment en ce qui concerne l'étiquetage, l'emballage et la fabrication, de sorte qu'elle ne relève pas exclusivement du par. 91(27). Les ramifications de la Loi, qui porte sur les aliments, les drogues, les cosmétiques et les instruments, et l'accent qu'elle met sur les normes de commercialisation me semblent lui prêter un aspect commercial qui transcende le simple droit criminel. La *Loi des aliments et drogues* semble comprendre trois catégories de dispositions. Celles de l'art. 8 visent à protéger la santé et la sécurité physiques du public. Les dispositions de l'art. 9 portent sur la commercialisation et celles relatives aux drogues contrôlées, qui figurent dans la partie III de la Loi, ont pour objet la protection de la santé morale du public. Les première et troisième catégories peuvent à juste titre être considérées comme relevant de la compétence en matière de droit criminel, mais la seconde emporte certainement l'application de la compétence en matière d'échanges et de commerce.

Toutefois, il n'est pas nécessaire d'examiner davantage cette question, car il est bien établi depuis fort longtemps que la protection des aliments et d'autres produits contre la falsification et l'application des normes de pureté ressortissent légitimement au droit criminel. [Je souligne.]

L'analyse du juge en chef Laskin indique clairement qu'une loi portant sur les aliments et les drogues qui vise à protéger «la santé et la sécurité physiques du public» constitue un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Tel était également le point de vue de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501, complété par des motifs additionnels publiés à [1934] 1 D.L.R. 706, confirmé dans *Wetmore*, précité, aux pp. 292 et 293, et dans lequel on a déclaré constitutionnelle, comme relevant du droit criminel, une interdiction de falsification d'aliments prévue aux art. 3, 4 et 23 de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1927, ch. 76. Lorsqu'il a rendu cette décision, le juge Macdonald a affirmé aux pp. 506 et 507:

[TRADUCTION] ... si le Parlement fédéral, pour protéger la santé publique contre un danger réel ou appréhendé, apporte des restrictions aux agents de conservation qui peuvent être utilisés et en limite le nombre, il peut le faire en vertu du par. 91(27) de l'A.A.N.B. Ce n'est pas par essence une intrusion dans la propriété et les droits civils. Cela peut en découler accessoirement mais le vrai

substance is an encroachment) is to prevent actual, or threatened injury or the likelihood of injury of the most serious kind to all inhabitants of the Dominion.

The primary object of this legislation is the public safety — protecting it from threatened injury. If that is its main purpose — and not a mere pretence for the invasion of civil rights — it is none the less valid . . .

Moreover, in my view, the necessary implication of the reasoning in *Wetmore* and the *Margarine Reference* is that the federal criminal law power to legislate with respect to dangerous goods also encompasses the power to legislate with respect to health warnings on dangerous goods. Since health warnings serve to alert Canadians to the potentially harmful consequences of the use of dangerous products, the power to prohibit sales without these warnings is simply a logical extension of the federal power to protect public health by prohibiting the sale of the products themselves. As noted by Lamer C.J. in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 999, “it has long been recognized that there also exists a preventative branch of the criminal law power”. This is also the implication of this Court’s decision in *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, where Estey J., although finding a detailed regulatory scheme with respect to production and content standards for malt liquor under the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, to be *ultra vires* Parliament, observed, at pp. 933-34:

That there is an area of legitimate regulations in respect of trade practices contrary to the interest of the community such as misleading, false or deceptive advertising and misbranding, is not under debate.

In this respect, it is significant that Parliament has already enacted numerous prohibitions against

but (qui n’est pas déguisé, ni seulement un appui à ce qui est en substance un empiétement) est de prévenir un dommage réel ou appréhendé ou la probabilité d’un dommage de la plus grande gravité pour tous les habitants du Dominion.

L’objet premier de cette loi est la sécurité du public, en protégeant celui-ci contre un dommage appréhendé. Si c’est là son but principal — et non un simple prétexte pour s’ingérer dans le domaine des droits civils — sa validité n’est pas amoindrie . . .

En outre, à mon avis, il découle nécessairement du raisonnement dans l’arrêt *Wetmore* et dans le *Renvoi sur la margarine* que, dans le domaine du droit criminel, la compétence fédérale de légiférer relativement aux produits dangereux englobe également celle de légiférer quant aux mises en garde à apposer sur les produits dangereux. Puisque ces mises en garde servent à sensibiliser les Canadiens aux conséquences potentiellement nocives de l’utilisation de produits dangereux, le pouvoir d’interdire la vente de produits sur lesquels n’a pas été apposée cette mise en garde ne constitue qu’une extension logique de la compétence fédérale de protéger la santé publique par l’interdiction même de la vente de ces produits. Comme l’a fait remarquer le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 999, «[i]l est [. . .] reconnu depuis longtemps que le pouvoir en matière de droit criminel comporte aussi un aspect préventif». C’est également ce que sous-entend l’arrêt de notre Cour *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, dans lequel le juge Estey, après avoir conclu qu’un règlement détaillé concernant les normes de production et de contenu d’une liqueur de malt pris en vertu de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27, était *ultra vires* du Parlement, a cependant fait remarquer aux pp. 933 et 934:

L’existence d’un secteur de réglementation légitime des pratiques commerciales contraires aux intérêts de la collectivité, tels que l’annonce et l’étiquetage trompeurs, faux ou mensongers, n’est pas en cause.

À cet égard, il importe de signaler que le Parlement a déjà adopté de nombreuses interdictions de

the manufacture, sale, advertisement and use of a great variety of products that Parliament deems, from time to time, to be dangerous or harmful. For example, the *Hazardous Products Act*, R.S.C., 1985, c. H-3, amended R.S.C., 1985, c. 24 (3rd Supp.), s. 1, which has been found to be a valid exercise of the criminal law power by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345, contains the following provisions:

2. In this Act,

“advertise”, in relation to a prohibited product or restricted product, includes any representation by any means whatever for the purpose of promoting directly or indirectly the sale or other disposition of the product;

. . . .

“controlled product” means any product, material or substance specified by the regulations made pursuant to paragraph 15(1)(a) to be included in any of the classes listed in Schedule II;

“hazardous product” means any prohibited product, restricted product or controlled product;

. . . .

“prohibited product” means any product, material or substance included in Part I of Schedule I;

“restricted product” means any product, material or substance included in Part II of Schedule I;

. . . .

4. (1) No person shall advertise, sell or import a prohibited product.

(2) No person shall advertise, sell or import a restricted product except as authorized by the regulations made under section 5.

5. The Governor in Council may make regulations

(a) authorizing the advertising, sale or importation of any restricted product and prescribing the circumstances and conditions under which and the persons by whom the restricted product may be advertised, sold or imported;

. . . .

fabrication, de vente, de publicité et d'utilisation d'un grand nombre de produits qu'il considère à l'occasion comme dangereux ou nocifs. Par exemple, la *Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. (1985), ch. H-3, modifiée, L.R.C. (1985), ch. 24 (3^e suppl.), art. 1, que la Cour d'appel du Manitoba a jugé un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel, dans l'arrêt *R. c. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345, renferme les dispositions suivantes:

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

. . . .

«produit contrôlé» Produit, matière ou substance classés conformément aux règlements d'application de l'alinéa 15(1)a) dans une des catégories inscrites à l'annexe II.

«produit dangereux» Produit interdit, limité ou contrôlé.

«produit interdit» Produit, matière ou substance inscrits à la partie I de l'annexe I.

«produit limité» Produit, matière ou substance inscrits à la partie II de l'annexe I.

«publicité» S'entend notamment de la présentation, par tout moyen d'un produit interdit ou d'un produit limité en vue d'en promouvoir directement ou indirectement l'aliénation, notamment par vente.

. . . .

4. (1) La vente, l'importation et la publicité des produits interdits sont interdites.

(2) Sauf autorisation contraire des règlements d'application de l'article 5, la vente, l'importation et la publicité des produits limités sont interdites.

5. Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) autoriser la vente, l'importation ou la publicité de tout produit limité et prévoir les cas et conditions dans lesquels l'autorisation peut être donnée et à qui elle peut l'être;

. . . .

15. (1) Subject to section 19, the Governor in Council may make regulations

(d) prescribing the form and manner in which information shall be disclosed on a label and the manner in which a label shall be applied to a controlled product or container in which a controlled product is packaged;

(e) prescribing hazard symbols and the manner in which hazard symbols shall be displayed on a controlled product or container in which a controlled product is packaged;

From the foregoing, it is clear that Parliament could, if it chose, validly prohibit the manufacture and sale of tobacco products under the criminal law power on the ground that these products constitute a danger to public health. Such a prohibition would be directly analogous to the prohibitions on dangerous drugs and unsanitary foods or poisons mentioned earlier, which quite clearly fall within the federal criminal law power. In my view, once it is accepted that Parliament may validly legislate under the criminal law power with respect to the manufacture and sale of tobacco products, it logically follows that Parliament may also validly legislate under that power to prohibit the advertisement of tobacco products and sales of products without health warnings. In either case, Parliament is legislating to effect the same underlying criminal public purpose: protecting Canadians from harmful and dangerous products.

Seen in this light, the only true distinction that can be drawn between the measures adopted under the Act and an outright prohibition on the sale or consumption of tobacco is with respect to the form employed by Parliament to combat the "evil" of tobacco consumption. However, such a distinction, unaccompanied by any evidence of colourability, is not constitutionally significant. Once it is conceded, as I believe it must be, that tobacco consumption has detrimental health effects and that Parliament's intent in enacting this legislation was

15. (1) Sous réserve de l'article 19, le gouverneur en conseil peut, par règlement:

d) fixer les modalités de la divulgation de renseignements sur une étiquette et de l'apposition de celle-ci sur un produit contrôlé ou sur le contenant dans lequel celui-ci est emballé;

e) fixer les signaux de danger et les modalités de leur affichage sur un produit contrôlé ou sur le contenant dans lequel celui-ci est emballé;

Il découle clairement de ce qui précède que le Parlement pourrait, s'il le désire, interdire valablement la fabrication et la vente des produits du tabac en vertu de sa compétence en matière de droit criminel pour le motif que ces produits constituent un danger pour la santé publique. Une telle interdiction serait tout à fait analogue aux interdictions relatives aux drogues dangereuses et produits préparés dans des conditions non hygiéniques ou aux poisons, dont j'ai déjà parlé, lesquelles relèvent manifestement de la compétence fédérale en matière de droit criminel. À mon avis, lorsque l'on accepte que, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut valablement légiférer relativement à la fabrication et à la vente des produits du tabac, il s'ensuit logiquement qu'il peut aussi valablement légiférer en vertu de cette compétence pour interdire la publicité des produits du tabac et la vente des produits ne comportant pas de mise en garde. Dans les deux cas, le Parlement se trouve à légiférer pour le même objectif public du droit criminel: protéger la population canadienne contre les produits nocifs et dangereux.

Vu sous cet angle, la seule véritable distinction susceptible d'être établie entre les mesures adoptées en vertu de la Loi et une interdiction absolue de vente ou d'usage des produits du tabac a trait au moyen employé par le Parlement pour lutter contre le «mal» que présente l'usage du tabac. Cependant, si elle n'est pas accompagnée d'une preuve de son caractère déguisé, une telle distinction n'est pas importante du point de vue constitutionnel. Lorsqu'il est admis, comme cela doit l'être à mon avis, que l'usage du tabac a des effets nocifs sur la santé

to combat these effects, then the wisdom of Parliament's choice of method cannot be determinative with respect to Parliament's power to legislate. The goal in a pith and substance analysis is to determine Parliament's underlying purpose in enacting a particular piece of legislation; it is not to determine whether Parliament has chosen that purpose wisely or whether Parliament would have achieved that purpose more effectively by legislating in other ways; see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 358 (*per Wilson J.*) and *Morgentaler*, *supra*, at p. 487:

Only when the effects of the legislation so directly impinge on some other subject matter as to reflect some alternative or ulterior purpose do the effects themselves take on analytic significance.

There is no evidence that the practical effect of the Act, or the lack thereof, reflects any "alternative or ulterior purpose".

The Appellants' Principal Arguments

45

The foregoing considerations, it seems to me, are sufficient to establish that the pith and substance of the Act is criminal law for the purpose of protecting public health and that Parliament accordingly has the legislative authority under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* to enact this legislation. However, I think it right to address directly the three principal arguments raised by the appellants in support of their submission that the Act is not valid as criminal law: first, that the conduct prohibited by the Act does not have an "affinity with a traditional criminal law concern"; second, that Parliament cannot criminalize an activity ancillary to an "evil" if it does not criminalize the "evil" itself; and, third, that the Act is more properly characterized as regulatory, not criminal, legislation. I will now address each of these arguments in turn.

et que, lors de l'adoption de la loi en question, le Parlement souhaitait lutter contre ces effets, alors la sagesse de la méthode qu'il a choisie ne peut être déterminante relativement à sa compétence de légiférer. L'analyse du caractère véritable d'une loi a pour but de déterminer l'objet sous-jacent que visait le Parlement au moment de l'adoption de cette loi; il ne s'agit pas de déterminer s'il a choisi cet objet judicieusement ou s'il l'aurait atteint plus efficacement en légiférant autrement; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 358 (le juge Wilson), et *Morgentaler*, précité, à la p. 487:

Ce n'est que lorsqu'une loi a des effets qui empiètent si directement sur un autre domaine qu'elle doit avoir un objet dissimulé que lesdits effets prennent eux-mêmes de l'importance aux fins de l'analyse...

Il n'existe aucune preuve que l'effet pratique de la Loi, ou l'absence d'effet, est l'indice d'un quelconque «objet dissimulé».

Les principaux arguments des appelantes

Il me semble que les considérations qui précèdent suffisent à établir que la Loi, de par son caractère véritable, est une loi en matière de droit criminel visant à protéger la santé publique et que, par conséquent, le Parlement a la compétence législative, en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'adopter. Cependant, j'estime opportun d'examiner directement les trois principaux arguments soulevés par les appelantes pour soutenir que la Loi n'est pas une loi valide en matière de droit criminel: premièrement, que la conduite interdite par la Loi n'a pas d'[TRADUCTION] «affinité avec une préoccupation traditionnelle en matière de droit criminel»; deuxièmement, que le Parlement ne peut rendre criminelle une activité accessoire à un «mal» s'il n'a pas donné un caractère criminel au «mal» lui-même, et troisièmement, qu'il convient davantage de qualifier la Loi de texte de nature réglementaire plutôt que de texte relevant du droit criminel. J'examinerai séparément chacun de ces arguments.

i. *Affinity of the Act with a Traditional Criminal Law Concern*

The appellants' first argument is that the Act is not a valid exercise of the criminal law power because it does not involve conduct having an affinity with a traditional criminal law concern. The appellants observe that both tobacco consumption and tobacco advertising have always been legal in this country and, on this basis, argue that this legislation does not serve a "public purpose commonly recognized as being criminal in nature"; see *Swain, supra*, at p. 998.

In my view, this argument fails because it neglects the well-established principle that the definition of the criminal law is not "frozen as of some particular time"; see *Zelensky, supra*, at p. 951 (*per* Laskin C.J.). It has long been recognized that Parliament's power to legislate with respect to the criminal law must, of necessity, include the power to create new crimes. This was made clear as early as 1931, when the Privy Council upheld the validity of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1927, c. 26, in *PATA, supra*. That legislation criminalized a wide array of commercial activities not hitherto perceived to have an affinity with criminal law concerns. However, Lord Atkin explained that this fact alone was not sufficient to preclude the application of the criminal law power. He stated, at pp. 323-24:

In their Lordships' opinion s. 498 of the Criminal Code and the greater part of the provisions of the Combines Investigation Act fall within the power of the Dominion Parliament to legislate as to matters falling within the class of subjects, "the criminal law including the procedure in criminal matters" (s. 91, head 27). The substance of the Act is by s. 2 to define, and by s. 32 to make criminal, combines which the legislature in the public interest intends to prohibit. The definition is wide, and may cover activities which have not hitherto been considered to be criminal. But only those combines are affected "which have operated or are likely to operate to the detriment or against the interest of the public, whether consumers, producers, or others"; and if Parliament genuinely determines that commercial activities

i. *Affinité de la Loi avec une préoccupation traditionnelle en matière de droit criminel*

Le premier argument des appelantes est que la Loi ne constitue pas un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel parce qu'elle ne touche pas une conduite ayant une affinité avec une préoccupation traditionnelle en matière de droit criminel. Les appelantes font remarquer que l'usage du tabac et la publicité en sa faveur ont toujours été légales au Canada et, pour ce motif, elles soutiennent que la loi ne sert pas «une fin publique communément reconnue comme étant de nature criminelle»; voir *Swain, précité*, à la p. 998.

À mon avis, cet argument échoue parce qu'il ne tient pas compte du principe bien établi selon lequel la définition du droit criminel n'est pas «gelé[e] à une époque déterminée»; voir *Zelensky, précité*, à la p. 951 (le juge en chef Laskin). On a depuis longtemps reconnu que la compétence fédérale de légiférer en matière de droit criminel comprend nécessairement celle de définir de nouveaux crimes. Cela a été établi clairement dès 1931 lorsque le Conseil privé a confirmé la validité de la *Loi des enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1927, ch. 26, dans l'arrêt *PATA, précité*. Cette loi rendait criminelles une vaste gamme d'activités commerciales que l'on ne considérait pas jusque là comme ayant une affinité avec les préoccupations en matière de droit criminel. Cependant, lord Atkin a expliqué que ce seul fait ne suffit pas à empêcher l'application de la compétence en matière de droit criminel. Il a affirmé, aux pp. 323 et 324:

[TRADUCTION] De l'avis de leurs Seigneuries, l'art. 498 du Code criminel et la plus grande partie des dispositions de la Loi des enquêtes sur les coalitions entrent dans le pouvoir qu'a le Parlement du Dominion de faire des lois en ce qui concerne les matières entrant dans la catégorie de sujets «le droit criminel, y compris la procédure en matière criminelle» (art. 91, par. 27). En substance, le but de la Loi est, dans son art. 2, de définir et, dans son art. 32, de rendre criminelles les coalitions que le législateur entend prohiber dans l'intérêt public. Cette définition est large et peut couvrir des activités que l'on ne considérait pas jusque-là comme criminelles. Mais seules sont touchées les coalitions «qui ont opéré ou sont de nature à opérer au détriment de l'intérêt du public, soit des consommateurs, des producteurs ou

46

47

which can be so described are to be suppressed in the public interest, their Lordships see no reason why Parliament should not make them crimes. "Criminal law" means "the criminal law in its widest sense": *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Ry. Co.*, [1903] A.C. 524. It certainly is not confined to what was criminal by the law of England or of any Province in 1867. The power must extend to legislation to make new crimes . . . It appears to their Lordships to be of little value to seek to confine crimes to a category of acts which by their very nature belong to the domain of "criminal jurisprudence"; for the domain of criminal jurisprudence can only be ascertained by examining what acts at any particular period are declared by the State to be crimes . . . [Emphasis added.]

Soon after that decision, in *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368, the Privy Council adopted similar reasoning to uphold a prohibition on price discrimination under the criminal law power. Later, this Court, following in large part the reasoning employed by the Privy Council in *PATA*, *supra*, sustained a prohibition of resale price maintenance under the criminal law power (*Campbell v. The Queen*, [1965] S.C.R. vii) and a federal law authorizing the courts to make orders prohibiting the continuation of illegal practices or to dissolve illegal mergers; see *Goodyear Tire*, *supra*. In the *Goodyear Tire* case, at p. 311, Rand J. reaffirmed the reasoning in the *PATA* case and made the following observation:

It is accepted that head 27 of s. 91 of the Confederation statute is to be interpreted in the widest sense, but that breadth of scope contemplates neither a static catalogue of offences nor order of sanctions. The evolving and transforming types and patterns of social and economic activities are constantly calling for new penal controls and limitations and that new modes of enforcement and punishment adapted to the changing conditions are not to be taken as being equally within the ambit of parliamentary power is, in my opinion, not seriously arguable.

In my view, the reasoning in *PATA* and *Goodyear Tire* is directly applicable here. The simple

autres»; et si le Parlement décide à bon droit que lesdites activités commerciales doivent être réprimées dans l'intérêt public, leurs Seigneuries ne voient pas pourquoi le Parlement ne pourrait pas en faire des crimes. Le «droit criminel» signifie «le droit criminel dans son sens le plus large» (*Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Ry. Co.*, [1903] A.C. 524). Il ne se confine certainement pas à ce que le droit anglais ou celui d'une province quelconque considéraient comme des actes criminels en 1867. Ce pouvoir doit permettre de légiférer pour définir de nouveaux crimes. [. . .] Il apparaît assez vain à leurs Seigneuries de chercher à confiner les crimes à une catégorie d'actes qui, de par leur nature véritable, appartiennent au domaine du «droit criminel», car on ne peut fixer le domaine du droit criminel qu'en examinant quels actes l'État qualifie de crimes à chaque période en cause . . . [Je souligne.]

Peu de temps après cette décision, dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368, le Conseil privé a adopté un raisonnement similaire pour maintenir, en vertu de la compétence en matière de droit criminel, une prohibition de discrimination relative aux prix. Plus tard, notre Cour, se fondant en grande partie sur le raisonnement du Conseil privé dans l'arrêt *PATA*, précité, a confirmé une interdiction de maintien du prix de revente en vertu de la compétence en matière de droit criminel (*Campbell c. The Queen*, [1965] R.C.S. vii), ainsi qu'une loi fédérale autorisant les tribunaux à interdire par ordonnance la continuation de pratiques illégales ou à dissoudre des fusions illégales; voir *Goodyear Tire*, précité. Dans cet arrêt, à la p. 311, le juge Rand a de nouveau confirmé le raisonnement de l'arrêt *PATA* et fait l'observation suivante:

[TRADUCTION] Il est reconnu que le par. 91(27) de la loi sur la Confédération doit être interprété dans son sens le plus large, mais il ne s'agit pas pour autant d'établir un éventail fixe d'infractions ni de sanctions. L'évolution des types et des modèles d'activités sociales et économiques fait constamment appel à de nouveaux contrôles et restrictions de nature pénale, et, selon moi, on ne peut sérieusement soutenir que les nouveaux modes d'exécution et de sanction, adaptés à l'évolution des conditions, ne doivent pas être considérés comme faisant également partie de la compétence du Parlement.

À mon avis, les arrêts *PATA* et *Goodyear Tire* sont directement applicables en l'espèce. Le sim-

fact that neither tobacco consumption nor tobacco advertising have been illegal in the past in no way precludes Parliament from criminalizing either of those activities today. Indeed, given the fact that the first medical reports linking cigarette smoking to disease did not emerge until the 1950s, and that governments have only recently been made aware of the truly devastating health consequences of tobacco consumption, it is clear that Parliament had no reason, before that time, to criminalize this activity. The evolution in medical knowledge since the 1950s has radically altered the social and political landscape, producing a growing consensus, both nationally and internationally, that tobacco consumption is a *sui generis* problem that can only be properly addressed with an array of innovative and multifaceted legislative responses. In Canada, the decision to criminalize tobacco advertising was made incrementally, as part of a 25-year public policy process, and only after Parliament had determined that there was compelling evidence concerning the health effects of tobacco consumption and that the variety of non-criminal measures then in place were not sufficiently effective in reducing consumption. It would be artificial, if not absurd, to limit Parliament's power to legislate in this emerging area of public health concern simply because it did not, and logically could not, legislate at an earlier time.

ii. *The Ancillary Nature of the Prohibited Act*

The appellants' second argument is that the Act lacks the requisite "criminal public purpose" because Parliament cannot criminalize an activity ancillary to an "evil" (the advertisement and promotion of tobacco), when the underlying activity the legislation is designed to combat (the manufacture, sale and consumption of tobacco) is itself legal.

In my view, this argument fails because it cannot be reconciled with the recent jurisprudence of this Court. In both *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1

ple fait que l'usage et la publicité du tabac n'étaient pas illégaux dans le passé n'empêche aucunement le Parlement de criminaliser l'une ou l'autre de ces activités aujourd'hui. En fait, puisque ce n'est que dans les années 50 qu'ont paru les premiers rapports médicaux reliant l'habitude de fumer à la maladie et que ce n'est que récemment que les gouvernements ont été mis au courant des conséquences véritablement nocives de l'usage du tabac pour la santé, il est clair que le Parlement n'avait auparavant aucune raison de criminaliser cette activité. L'évolution de la médecine depuis les années 50 a radicalement modifié le cadre social et politique, donnant lieu, sur les plans tant national qu'international, à un consensus de plus en plus grand selon lequel l'usage du tabac est un problème en soi auquel on ne peut s'attaquer efficacement que par une série de mesures législatives innovatrices et diversifiées. Au Canada, la décision de criminaliser la publicité du tabac a été prise progressivement dans le cadre d'un processus politique gouvernementale échelonné sur une période de 25 ans et seulement après que le Parlement eut déterminé qu'il existait des données impératives sur les effets de l'usage du tabac sur la santé et que la gamme de mesures non criminelles alors en place n'étaient pas suffisamment efficaces pour réduire la consommation. Il serait artificiel, voire absurde, de restreindre la compétence du Parlement de légiférer dans ce nouveau domaine d'intérêt pour la santé publique simplement parce qu'il ne l'a pas fait, et ne pouvait logiquement pas le faire, auparavant.

ii. *L'aspect secondaire de l'acte interdit*

Le deuxième argument des appelantes est que la Loi ne vise pas un «objectif public du droit criminel» parce que le Parlement ne peut criminaliser une activité portant sur un aspect secondaire d'un «mal» (la publicité et la promotion des produits du tabac) si l'activité sous-jacente à laquelle s'attaque la loi (la fabrication, la vente et l'usage du tabac) est elle-même légale.

À mon avis, cet argument échoue parce qu'il n'est pas compatible avec la jurisprudence récente de notre Cour. Tant dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*,

S.C.R. 1123 (the *Prostitution Reference*), and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, this Court upheld the constitutionality of legislation that criminalized an ancillary activity without also criminalizing the underlying activity or “evil”. In the *Prostitution Reference*, for example, this Court upheld the constitutionality of ss. 193 and 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which prohibited the solicitation of clients for prostitution and the operation of bawdy houses, but did not, at the same time, prohibit prostitution itself. In reaching the conclusion that these provisions were constitutionally valid, Dickson C.J. reasoned as follows, at p. 1142:

While I recognize that Parliament has chosen a circuitous path, I find it difficult to say that Parliament cannot take this route. The issue is not whether the legislative scheme is frustrating or unwise but whether the scheme offends the basic tenets of our legal system. The fact that the sale of sex for money is not a criminal act under Canadian law does not mean that Parliament must refrain from using the criminal law to express society’s disapprobation of street solicitation. Unless or until this Court is faced with the direct question of Parliament’s competence to criminalize prostitution, it is difficult to say that Parliament cannot criminalize and thereby indirectly control some element of prostitution — that is, street solicitation. [Emphasis in original.]

In that case, Lamer J. (as he then was) also made the following observation, at p. 1191:

As I have noted above, prostitution itself is not a crime in Canada. Our legislators have instead, chosen to attack prostitution indirectly. The *Criminal Code* contains many prohibitions relating to the act of taking money in return for sexual services. Among the offences that relate to prostitution are the bawdy-house provisions, the procuring and pimping provisions, as well as other more general offences that indirectly have an impact on prostitution related activities; for example provisions such as disturbing the peace. In my view, these laws indicate that while on the face of the legislation the act

[1990] 1 R.C.S. 1123 (le *Renvoi sur la prostitution*) que dans l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, notre Cour a maintenu la constitutionnalité de lois qui criminalisaient une activité secondaire sans rendre criminelle l’activité ou le «mal» sous-jacents. Par exemple, dans le *Renvoi sur la prostitution*, notre Cour a confirmé la constitutionnalité de l’art. 193 et de l’al. 195.1(1)c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui interdisaient la sollicitation de clients à des fins de prostitution et la tenue de maisons de débauche, sans toutefois interdire la prostitution même. Pour conclure à la validité constitutionnelle de ces dispositions, le juge en chef Dickson a fait le raisonnement suivant, à la p. 1142:

Bien que j’admette que le Parlement a choisi un moyen détourné, il m’est difficile d’affirmer que le Parlement ne peut emprunter cette voie. La question n’est pas de savoir si le régime législatif est insatisfaisant ou peu judicieux mais si le régime porte atteinte aux préceptes fondamentaux de notre système juridique. Le fait que la vente de services sexuels en échange d’argent ne soit pas un acte criminel en droit canadien ne signifie pas que le Parlement ne peut utiliser le droit criminel pour manifester la désapprobation de la société à l’égard de la sollicitation de rue. Tant qu’on ne demandera pas directement à notre Cour de se prononcer sur la compétence du Parlement pour criminaliser la prostitution, il est difficile d’affirmer que le Parlement ne peut pas criminaliser et ainsi contrôler indirectement certains éléments de la prostitution, c’est-à-dire la sollicitation de rue. [Souligné dans l’original.]

Dans cet arrêt, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a également fait l’observation suivante, à la p. 1191:

Comme je l’ai déjà dit, la prostitution en soi n’est pas un crime au Canada. Notre législateur a préféré s’attaquer indirectement à la prostitution. Le *Code criminel* contient plusieurs interdictions relatives à l’action d’accepter de l’argent en contrepartie de services sexuels. On retrouve parmi les infractions qui se rapportent à la prostitution les dispositions sur les maisons de débauche, les dispositions sur les souteneurs ainsi que d’autres infractions plus générales qui ont des répercussions indirectes sur les activités accessoires de la prostitution; par exemple, des dispositions sur le fait de troubler la paix. À mon avis, ces dispositions législatives indiquent que, bien que selon la lettre de la loi la prostitution elle-

of prostitution is not illegal, our legislators are indeed aiming at eradicating the practice.

A similar line of reasoning was employed by this Court in *Rodriguez, supra*, where the constitutionality of a prohibition against assisted suicide under s. 214(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, was upheld despite the fact that suicide itself was, and is at present, not illegal in this country.

In my view, the reasoning in the *Prostitution Reference* and *Rodriguez* is directly applicable to the present cases. Although the manufacture, sale and consumption of tobacco has not been criminalized under the Act, it is clear that Parliament's underlying purpose in criminalizing tobacco advertising and promotion is to eradicate the practice. The fact that Parliament has chosen a "circuitous path" to accomplish this goal does not in any way lessen the constitutional validity of the goal. I emphasize once again that it is the pith and substance of the legislation, not Parliament's wisdom in choosing the legislative method, that is the touchstone in a division of powers analysis.

iii. *The Creation of Exemptions Under the Criminal Law Power*

The appellants' third argument is that the Act is fundamentally regulatory, not criminal, in nature. In support of this argument, they observe that the Act contains exemptions for publications and broadcasts originating outside Canada (s. 4(3)), for the Dunhill trademark (s. 8(3)), and for tobacco product substitutes exempted by the Governor in Council on the ground that they pose less risk to the health of users (s. 17(a)). The practical effect of these exemptions, the appellants argue, is that the very same act can be legal when committed by one party in Canada but illegal when committed by another.

In my view, this argument fails because it disregards the long-established principle that the criminal law may validly contain exemptions for certain

même ne soit pas illégale, notre législateur vise effectivement à supprimer la pratique.

Notre Cour a appliqué un raisonnement similaire dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, dans lequel elle a confirmé la constitutionnalité d'une interdiction d'aide au suicide en vertu de l'al. 214b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, même si le suicide n'était, et n'est toujours pas, illégal au Canada.

À mon avis, le raisonnement appliqué dans le *Renvoi sur la prostitution* et dans l'arrêt *Rodriguez* est directement applicable en l'espèce. Bien que la fabrication, la vente et l'usage du tabac n'aient pas été criminalisés en vertu de la Loi, de toute évidence, en rendant criminelles la publicité et la promotion en faveur du tabac, le législateur fédéral avait comme objectif sous-jacent de supprimer cette pratique. Le fait qu'il a choisi «un moyen détourné» pour atteindre cet objectif n'en change aucunement la validité constitutionnelle. Je voudrais souligner de nouveau que c'est le caractère véritable de la loi, non la sagesse du choix de la mesure législative, qui est la pierre angulaire dans une analyse du partage des pouvoirs.

iii. *La création d'exemptions dans le cadre de la compétence en matière de droit criminel*

Le troisième argument des appelantes est que la Loi est fondamentalement un texte réglementaire et non un texte relevant du droit criminel. À l'appui de cet argument, elles soutiennent que la Loi renferme des exemptions concernant les publications et les émissions en provenance de l'étranger (par. 4(3)), la marque Dunhill (par. 8(3)), et les substituts aux produits du tabac exemptés par le gouverneur en conseil pour le motif qu'ils font courir moins de risques pour la santé des consommateurs (al. 17a)). En pratique, ces exemptions ont pour effet, selon les appelantes, qu'un acte peut être légal s'il est commis par une partie au Canada, mais illégal lorsqu'il est commis par une autre partie.

À mon avis, cet argument échoue parce qu'il ne tient pas compte du principe depuis longtemps reconnu que le droit criminel peut valablement

51

52

53

conduct without losing its status as criminal law. As early as 1959, in *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497, this Court held that the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1952, c. 171, which prohibited gambling on Sunday, was a valid exercise of the criminal law power despite the fact that s. 6 of that Act created an exemption for provinces which had passed legislation to the contrary. In upholding the validity of the Act, Rand J. explained, at pp. 509-10, that this exemption did not detract from the criminal nature of the legislation:

The legislative efficacy in prohibiting the activity named is that solely of Parliament; the effect of the exception is to declare that in the presence of a provincial enactment of the appropriate character the scope of s. 6 automatically ceases to extend to the provincial area covered by that enactment. The latter is a condition of fact in relation to which Parliament itself has provided a limitation for its own legislative act. That Parliament can so limit the operation of its own legislation and that it may do so upon any such event or condition is not open to serious debate.

comporter des exemptions relativement à certaines conduites sans pour autant perdre son caractère. Dès 1959, dans l'arrêt *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497, notre Cour a statué que la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1952, ch. 171, qui interdisait les jeux de hasard le dimanche, était un exercice valide de compétence en matière de droit criminel, même si l'art. 6 de cette loi créait une exemption pour les provinces qui avaient adopté une loi à l'effet contraire. En confirmant la validité de la loi, le juge Rand a expliqué, aux pp. 509 et 510, que cette exemption n'enlève pas à la loi son caractère de droit criminel:

[TRADUCTION] L'action législative, en interdisant l'activité indiquée, correspond uniquement à celle du Parlement: l'exception a pour effet de déclarer qu'en présence d'une disposition provinciale de nature appropriée, l'art. 6 cesse immédiatement de s'appliquer au territoire provincial visé par cette disposition. Il s'agit d'une condition de fait au sujet de laquelle le Parlement lui-même a prévu des limites à sa propre action législative. Le fait que le Parlement peut ainsi limiter l'application de ses propres lois et le faire dans n'importe quelles circonstances ou sous n'importe quelles conditions ne prête pas vraiment à discussion.

54

This principle was reiterated in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, where this Court addressed the constitutionality of s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Under s. 251(1) of the *Code*, the intentional procurement of a miscarriage was declared to be unlawful. However, under s. 251(4) and (5), Parliament had also created an exemption for miscarriages carried out by qualified medical practitioners where the life of the woman was in danger. Laskin C.J., dissenting in the result but not on this issue, made it clear that the creation of such an exemption did not detract from the validity of the provision as criminal law, at p. 627:

Ce principe a été repris dans *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, où notre Cour a examiné la constitutionnalité de l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. En vertu du par. 251(1) du *Code*, le fait de procurer intentionnellement un avortement a été déclaré illégal. Cependant, en vertu des par. 251(4) et (5), le législateur a créé une exemption dans le cas des avortements effectués par des médecins qualifiés si la santé de la femme est en danger. Le juge en chef Laskin, dissident quant au résultat mais pas relativement à cette question, a clairement établi que la formulation d'une telle exemption ne porte pas atteinte à la validité de la disposition en tant que règle de droit criminel, à la p. 627:

I need cite no authority for the proposition that Parliament may determine what is not criminal as well as what is, and may hence introduce dispensations or exemptions in its criminal legislation. It has done this in respect of gaming and betting by prescribing for lawful operation of pari-mutuel systems . . . , by exempting agricultural fairs or exhibitions from certain of the

Je n'ai pas besoin de citer de précédents pour affirmer que le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et qu'il peut par conséquent introduire dans ses lois pénales des dispenses ou des immunités. Il l'a fait dans le domaine des jeux et paris en permettant l'exploitation légale du pari mutuel [. . .], en exemptant les foires ou expositions agricoles

prohibitions against lotteries and games of chance . . . and by expressly permitting lotteries under stated conditions. . . .

Most recently, in *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, this Court reaffirmed Laskin C.J.'s conclusion. In *Furtney*, the Court addressed a challenge to s. 207 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which prohibited lotteries but created an exemption for provincial lotteries conducted in accordance with terms and conditions of licences issued by the Lieutenant Governor. The Court held that the *Code* provision was valid criminal law, even though it delegated regulatory power to the provincial Lieutenant Governors in Council to create exemptions. In reaching the conclusion that s. 207 was a valid exercise of the criminal law power, Stevenson J. stated, at p. 105:

I note that these very provisions were referred to as valid by Laskin C.J. in his dissenting judgment (the majority not addressing the matter) in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616. The Chief Justice (at p. 627) referred to Parliament's authority to introduce dispensations or exemptions from criminal law in determining what is and what is not criminal.

Stevenson J. expressed his agreement with Laskin C.J.'s view and gave the following rationale for his conclusion, at pp. 106-7:

The appellants question whether the criminal law power will sustain the establishment of a regulatory scheme in which an administrative agency or official exercises discretionary authority. In so doing they ask the question "referred to by Professor Hogg" in his *Constitutional Law of Canada* . . . at p. 415. Hogg suggests that the question is really one of colourability. . . . In my view the decriminalization of lotteries licensed under prescribed conditions is not colourable. It constitutes a definition of the crime, defining the reach of the offence, a constitutionally permissive exercise of the criminal law power, reducing the area subject to criminal law prohibition where certain conditions exist. I cannot characterize it as an invasion of provincial powers

de certaines interdictions qui frappent les loteries et jeux de hasard [. . .] et en permettant expressément des loteries sous certaines conditions. . . .

Plus récemment, dans *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, notre Cour a de nouveau confirmé la conclusion du juge en chef Laskin. Dans cet arrêt, notre Cour s'est prononcée sur une contestation de l'art. 207 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui interdisait les loteries, sauf celles d'une province tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur. Notre Cour a statué que la disposition du *Code* énonçait une règle de droit criminel valide, même si elle délégait un pouvoir de réglementation aux lieutenants-gouverneurs en conseil des provinces leur permettant de créer certaines exceptions. En arrivant à la conclusion que l'art. 207 constituait un exercice valide de compétence en matière de droit criminel, le juge Stevenson affirme à la p. 105:

Je constate que ces dispositions mêmes ont été considérées comme valides par le juge en chef Laskin dans l'opinion dissidente (les juges formant la majorité n'ayant pas abordé la question) qu'il a rédigée dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616. Le Juge en chef a mentionné, à la p. 627, le pouvoir du Parlement d'introduire, dans ses lois criminelles, des dispenses ou des immunités en déterminant ce qui est et ce qui n'est pas criminel.

Le juge Stevenson a exprimé son assentiment avec le juge en chef Laskin et a justifié ainsi sa conclusion, aux pp. 106 et 107:

Les appelants mettent en doute que le pouvoir en matière de droit criminel puisse étayer l'instauration d'un régime de réglementation dans lequel un organisme ou un agent administratif exerce un pouvoir discrétionnaire. Ce faisant, ils posent la question [TRADUCTION] «mentionnée par le professeur Hogg» dans *Constitutional Law of Canada*, [. . .] à la p. 415. Hogg dit qu'il s'agit vraiment d'une question de législation déguisée. [. . .] À mon avis, la décriminalisation des loteries exploitées en vertu de licences assorties de certaines conditions précises n'est pas une tentative déguisée de légiférer. Elle constitue une définition de l'acte criminel, qui fixe la portée de l'infraction, un exercice constitutionnellement acceptable du pouvoir en matière de droit criminel, qui réduit le champ de l'interdiction du droit criminel lorsqu'il existe certaines conditions. Je

any more than the appellants were themselves able to do. [Emphasis added.]

56

The clear implication of this Court's decisions in *Lord's Day Alliance*, *Morgentaler* and *Furtney*, is that the creation of a broad status-based exemption to criminal legislation does not detract from the criminal nature of the legislation. On the contrary, the exemption helps to define the crime by clarifying its contours. In my view, this is precisely what Parliament has done in creating exemptions under the Act. The crime created by Parliament is the advertisement and promotion of tobacco products offered for sale in Canada. Rather than diluting the criminality of these acts, the exemptions to which the appellants refer serve merely to delineate the logical and practical limits to Parliament's exercise of the criminal law power in this context. For example, it is clear that the exemption for foreign media under s. 4(3) was created to avoid both the extraterritorial application of Canadian legislation and the page-by-page censorship of foreign publications at the border. It must also be kept in mind that the exemption thereby created extends only to foreign publications imported into Canada or the retransmission of broadcasts originating outside Canada. Section 4(4) limits this exemption by prohibiting persons in Canada from advertising products for sale in Canada by way of foreign publications of broadcasts. Given the fact that foreign tobacco products comprise less than 1 percent of the Canadian market, it is apparent that the exemption has an extremely limited scope. There is an equally logical and practical explanation for the exemptions created under ss. 17(a) and 8(3). With respect to the exemption under s. 17(a), which permits the Governor in Council to make regulations exempting substitute tobacco products from the application of ss. 4 and 7 where they pose less risk to the health of users, it is clear that Parliament was seeking to encourage the development of alternatives to tobacco. Such an exemption is, of course, completely consistent with the Act's underlying purpose of protecting public health. With respect to the exemption for Dunhill products under s. 8(3), it is clear that Parliament was addressing the legitimate concern that this trademark is unique because

ne puis qualifier cela d'empiétement sur les pouvoirs des provinces, pas plus que les appelants n'ont eux-mêmes été en mesure de le faire. [Je souligne.]

Il résulte de toute évidence des arrêts de notre Cour *Lord's Day Alliance*, *Morgentaler* et *Furtney* que la création d'une exemption générale, fondée sur le statut, à l'application d'une loi en matière criminelle n'a pas pour effet d'enlever à la loi son caractère de droit criminel. Au contraire, l'exemption contribue à définir l'infraction en clarifiant les particularités. À mon avis, c'est précisément ce que le Parlement a fait par la constitution d'exemptions dans la Loi. L'infraction créée par le Parlement est la publicité et la promotion des produits du tabac mis en vente au Canada. Plutôt que d'atténuer la nature criminelle de ces actes, les exemptions que mentionnent les appelantes servent tout simplement à cerner les restrictions logiques et pratiques de l'exercice de la compétence fédérale en matière de droit criminel dans ce contexte. Par exemple, il est clair que le législateur a créé l'exemption applicable aux médias étrangers visée au par. 4(3) pour éviter à la fois l'application extraterritoriale de la loi canadienne et l'examen page par page des publications étrangères à la frontière. On doit également se rappeler que l'exemption en question ne s'applique qu'aux publications étrangères importées au Canada ou qu'à la retransmission d'émissions de radio ou de télévision de l'étranger. Le paragraphe 4(4) restreint cette exemption en interdisant à toute personne se trouvant au Canada de faire de la publicité dans une publication étrangère ou une émission radiodiffusée de l'étranger en faveur d'un produit du tabac vendu au Canada. Puisque les produits du tabac étrangers représentent moins d'un pour cent du marché canadien, il est évident que l'exemption a une portée extrêmement limitée. Il y a également une explication tout aussi logique et pratique pour les exemptions créées en vertu de l'al. 17a) et du par. 8(3). Pour ce qui est de l'exemption prévue à l'al. 17a), qui permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements pour exempter de l'application des art. 4 et 7 les produits du tabac utilisés comme substituts s'ils font courir moins de risque pour la santé des consommateurs que ces autres produits, il est évident que le Parlement cherchait à encourager la mise au point de nouveaux produits

it has a marketing existence quite independent from tobacco. Thus, none of these exemptions serves in any way to confuse, or detract from, the category of acts Parliament has validly criminalized under the Act.

For all the foregoing reasons, I am of the view that the Act is a valid exercise of the federal criminal law power. Having reached this conclusion, I do not find it necessary to address the Attorney General's further submission that the Act falls under the federal power to legislate for the peace, order and good government of Canada. Accordingly, I now proceed directly to a consideration of the Act's validity under the *Charter*.

2. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Introductory

The Attorney General conceded that the prohibition on advertising and promotion under the Act constitutes an infringement of the appellants' right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*, and directed his submissions solely to justifying the infringement under s. 1 of the *Charter*. In my view, the Attorney General was correct in making this concession. This Court has, on a number of occasions, held that prohibitions against engaging in commercial expression by advertising infringe upon the freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*; see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 766-67; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 976-78; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 241-45. On this general issue, then, there only remains the question whether this

comme substituts du tabac. Une telle exemption est, bien entendu, tout à fait compatible avec l'objet sous-jacent de la Loi, qui est de protéger la santé publique. En ce qui concerne l'exemption pour les produits Dunhill établie au par. 8(3), il est évident que le Parlement tenait compte de la préoccupation légitime selon laquelle cette marque est unique parce qu'elle a une existence commerciale tout à fait indépendante du tabac. En conséquence, aucune de ces exemptions ne sert à embrouiller la catégorie des actes que le Parlement a validement criminalisés en vertu de la Loi ni à y porter atteinte.

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis que la Loi constitue un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel. C'est pourquoi j'estime inutile d'examiner l'autre argument du procureur général selon lequel la Loi relève de la compétence fédérale de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada. Par conséquent, je passerai immédiatement à un examen de la validité de la Loi sous le régime de la *Charte*.

2. *La Charte canadienne des droits et libertés*

Introduction

Le procureur général a admis que l'interdiction de publicité et de promotion prévue dans la Loi constitue une violation du droit à la liberté d'expression garanti aux appelantes par l'al. 2b) de la *Charte*, et il a orienté ses arguments seulement vers la justification de cette violation en vertu de l'article premier de la *Charte*. À mon avis, le procureur général a eu raison d'admettre ce fait. À plusieurs reprises, notre Cour a statué que les interdictions relatives à l'expression commerciale par la publicité portent atteinte à la liberté d'expression prévue à l'al. 2b) de la *Charte*; voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 766 et 767; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 976 à 978; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, aux pp. 241 à 245. Relativement à cette question générale, il ne

infringement is justified under s. 1, a matter to which I shall turn in a moment.

59

Before doing so, however, it is appropriate to draw attention to the fact that the Attorney General did not concede that s. 9 of the Act, which requires tobacco manufacturers to place an unattributed health warning on packages of these products, constitutes an infringement of the appellants' right to freedom of expression. In my view, the Attorney General was correct in not making this concession. However, since there is considerable overlap between my discussion of this issue and my discussion of s. 1, I shall for convenience address this distinct issue separately at the conclusion of my general s. 1 analysis.

Section 1 of the Charter

The Legislative Objective and Context

60

Section 1 of the *Charter* guarantees the rights and freedoms set out therein "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". It is well established that the onus of justifying the limitation of a *Charter* right rests on the party seeking to have that limitation upheld, in this case the Attorney General. In *Oakes*, *supra*, this Court set out two broad criteria as a framework to guide courts in determining whether a limitation is demonstrably justified in a free and democratic society. The first is that the objective the limit is designed to achieve must be of sufficient importance to warrant overriding the constitutionally protected right or freedom. The second is that the measures chosen to achieve the objective must be proportional to the objective. The proportionality requirement has three aspects: the measures chosen must be rationally connected to the objective; they must impair the guaranteed right or freedom as little as possible; and there must be proportionality between the deleterious effects of the measures and their salutary effects.

reste alors qu'à déterminer si cette atteinte peut se justifier en vertu de l'article premier, question que j'examinerai dans un instant.

Cependant, j'aimerais auparavant faire ressortir que le procureur général n'a pas admis que l'art. 9 de la Loi, qui exige des fabricants du tabac qu'ils apposent une mise en garde non attribuée sur les emballages de ces produits, constitue une violation du droit à la liberté d'expression des appelantes. À mon avis, le procureur général a eu raison de ne pas admettre ce fait. Cependant, puisqu'il existe un chevauchement considérable entre mon analyse de cette question et celle fondée sur l'article premier, par souci de commodité, j'examinerai cette question distincte séparément à la fin de mon analyse générale fondée sur l'article premier.

L'article premier de la Charte

L'objectif et le contexte de la loi

L'article premier de la *Charte* 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.» Il est bien établi qu'il incombe à la partie qui recherche la justification de la restriction, en l'espèce le procureur général, d'en faire la justification. Dans *Oakes*, précité, notre Cour a établi deux critères généraux pour guider les tribunaux lorsqu'ils doivent déterminer si la justification d'une restriction peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En premier lieu, l'objectif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. En second lieu, les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent être proportionnels à cet objectif. L'exigence de la proportionnalité comporte trois aspects: les mesures choisies doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif; elles doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question, et il doit exister une proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets salutaires.

The appellants have conceded that the objective of protecting Canadians from the health risks associated with tobacco use, and informing them about these risks, is pressing and substantial. Rather than focusing upon the objective, the appellants submit that the measures employed under the Act are not proportional to the objective. In adopting this strategy, they rely heavily upon Chabot J.'s rigorous application of the proportionality requirement at trial. There, Chabot J. equated the burden of proof under the s. 1 analysis to the burden in a civil trial, stating, at p. 515:

... the burden of proof of justification under s. 1 of the Charter rests on the party who seeks to uphold the limitation of a guaranteed right. This burden is the civil burden of proof, the balance of probabilities. However, this balance of probabilities must be applied rigorously and the evidence must be cogent and persuasive. ...

Applying this standard, Chabot J. decided that the Attorney General had not demonstrated that the prohibition of tobacco advertising and promotion under ss. 4 to 8 of the Act, and the s. 9 requirement that tobacco manufacturers print unattributed health warnings on tobacco products, are proportional to the objective of reducing tobacco consumption. The appellants submit that Chabot J.'s approach was correct and argue that this Court should defer to his factual findings.

It is my view that Chabot J.'s approach was not the correct one in the circumstances of these cases, and that he erred in deciding that the civil burden of proof must be "applied rigorously". As I will show, it is also my view that the Attorney General adduced sufficient evidence at trial to justify the limitation on freedom of expression entailed by this legislation, and that the appellants' argument accordingly fails. However, before I proceed to reexamine the evidence, I find it necessary to clarify in more detail the nature of Chabot J.'s error. Throughout his judgment, Chabot J. referred to the requirements set forth in *Oakes* as a "test". In so doing, he adopted the view, unfortunately still held

61
Les appelantes ont reconnu le caractère urgent et réel de l'objectif visant à protéger les Canadiens contre les conséquences néfastes du tabac sur la santé et à les sensibiliser à ces conséquences. Plutôt que de s'attarder à cet objectif, les appelantes soutiennent que les mesures employées en vertu de la Loi ne sont pas proportionnelles à l'objectif. En adoptant cette stratégie, les appelantes s'appuient fortement sur l'application rigoureuse de l'exigence de la proportionnalité qu'a faite le juge de première instance. En effet, le juge Chabot a assimilé le fardeau de la preuve applicable lors d'une analyse fondée sur l'article premier au fardeau de la preuve applicable en matière civile; il affirme à la p. 2310:

... le fardeau de la preuve en matière de justification en vertu de l'article premier de la charte repose sur celui qui soutient la restriction à un droit garanti. C'est le fardeau de preuve civile, la balance des probabilités. Toutefois, cette balance des probabilités doit être appliquée rigoureusement et la preuve doit être forte et persuasive.

À partir de ce critère, le juge Chabot a décidé que le procureur général n'avait pas démontré la proportionnalité entre d'une part, l'interdiction de publicité et de promotion du tabac en vertu des art. 4 à 8 de la Loi et la nécessité pour les fabricants des produits du tabac d'apposer, en vertu de l'art. 9, des mises en garde non attribuées sur les emballages, et d'autre part, l'objectif de réduire l'usage du tabac. Les appelantes soutiennent que l'analyse du juge Chabot était correcte et que notre Cour doit faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait auxquelles il est arrivé.

62
Je suis d'avis que l'analyse du juge Chabot n'était pas correcte dans les circonstances et qu'il a commis une erreur en décidant que le fardeau de preuve civile doit être «appliqué rigoureusement». Comme je vais l'illustrer, je suis également d'avis que le procureur général a déposé une preuve suffisante en première instance pour justifier la restriction à la liberté d'expression qu'entraîne cette loi, et que l'argument des appelantes doit donc échouer. Cependant, avant de procéder au réexamen de la preuve, j'estime nécessaire de clarifier la nature de l'erreur du juge Chabot. Tout au long de sa décision, il parle des exigences formulées dans l'arrêt *Oakes* comme d'un «critère». Ce faisant, il a

by some commentators, that the proportionality requirements established in *Oakes* are synonymous with, or have even superseded, the requirements set forth in s. 1. This view is based upon a misperception of this Court's jurisprudence. The appropriate "test" to be applied in a s. 1 analysis is that found in s. 1 itself, which makes it clear that the court's role in applying that provision is to determine whether an infringement is reasonable and can be demonstrably justified in a "free and democratic society". In *Oakes*, this Court established a set of principles, or guidelines, intended to serve as a framework for making this determination. However, these guidelines should not be interpreted as a substitute for s. 1 itself. It is implicit in the wording of s. 1 that the courts must, in every application of that provision, strike a delicate balance between individual rights and community needs. Such a balance cannot be achieved in the abstract, with reference solely to a formalistic "test" uniformly applicable in all circumstances. The s. 1 inquiry is an unavoidably normative inquiry, requiring the courts to take into account both the nature of the infringed right and the specific values and principles upon which the state seeks to justify the infringement.

adopté le point de vue, que partagent malheureusement certains auteurs, que les exigences en matière de proportionnalité formulées dans l'arrêt *Oakes* sont comparables à celles applicables à l'article premier ou les ont même remplacées. Ce point de vue se fonde sur une interprétation erronée de la jurisprudence de notre Cour. Le «critère» approprié applicable à une analyse fondée sur l'article premier se trouve dans la disposition même, laquelle établit clairement que le rôle du tribunal lorsqu'il l'applique est de déterminer si la limite est raisonnable et peut se démontrer dans le cadre d'une «société libre et démocratique». Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a établi une série de principes ou directives destinés à servir de cadre analytique à cette fin. Toutefois, ces directives ne devraient pas être interprétées comme si elles remplaçaient l'article premier. Le libellé de l'article premier indique implicitement que les tribunaux doivent, chaque fois qu'ils l'appliquent, établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l'abstrait, à partir seulement d'un «critère» formaliste qui s'appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L'examen fondé sur l'article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu'ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels le ministère public tente de justifier la violation.

63

This Court has on many occasions affirmed that the *Oakes* requirements must be applied flexibly, having regard to the specific factual and social context of each case. The word "reasonable" in s. 1 necessarily imports flexibility. In a significant, but often neglected, passage from *Oakes* itself, Dickson C.J. warned against an overly formalistic approach to s. 1 justification, stating, at p. 139, that "[a]lthough the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case the courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups". Shortly thereafter, he reaffirmed this warning in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*,

Notre Cour a confirmé à maintes reprises que les exigences formulées dans l'arrêt *Oakes* doivent être appliquées avec souplesse en tenant compte du contexte factuel et social particulier de chaque cas. Le terme «raisonnables» employé à l'article premier est nécessairement une indication qu'il y a lieu de faire preuve de souplesse. Dans un passage important, mais souvent oublié, de l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson fait une mise en garde contre un examen trop formaliste de la justification en vertu de l'article premier, affirmant à la p. 139, que «[m]ême si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, sopeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes». Peu après, il a répété cette mise en garde dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2

[1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 768-69, where, referring to the Court's decision in *Oakes*, he stated:

The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

Later, in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 735, Dickson C.J. had occasion to elaborate more fully upon the nature of the *Oakes* inquiry, stating that it was "dangerously misleading to conceive of s. 1 as a rigid and technical provision". He noted at p. 735 that,

[f]rom a crudely practical standpoint, *Charter* litigants sometimes may perceive s. 1 in this manner, but in the body of our nation's constitutional law it plays an immeasurably richer role, one of great magnitude and sophistication.

The role played by s. 1, he observed, at pp. 735-36, is to bring "together the fundamental values and aspirations of Canadian society" through the "dual function" of activating *Charter* rights and permitting such reasonable limits as a free and democratic society may have occasion to place upon them. In applying a "rigid or formalistic approach to the application of s. 1", he cautioned, at p. 737, the courts risk losing sight of the "synergetic relation" that exists between *Charter* rights and the context in which they are claimed. In *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90, I also stressed the importance of this "synergetic relation", and the resulting need to avoid what I called a "mechanistic approach" in the application of the s. 1 analysis:

In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context

R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769, où il dit relativement à l'arrêt *Oakes*:

La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

Plus tard, dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 735, le juge en chef Dickson a eu l'occasion de clarifier davantage la nature de l'examen dont il est question dans l'arrêt *Oakes*, affirmant que l'«on s'induit dangereusement en erreur si l'on voit dans l'article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme». Il souligne, à la p. 735:

D'un point de vue purement pratique, les plaideurs qui invoquent la *Charte* peuvent parfois percevoir ainsi l'article premier mais, dans le droit constitutionnel de notre nation, cet article joue un rôle infiniment plus riche, un rôle de grande envergure et d'extrême raffinement.

Le juge en chef Dickson précise aux pp. 735 et 736 que le rôle de l'article premier est de réunir «les valeurs et les aspirations fondamentales de la société canadienne», ayant comme «double fonction» de rendre effectifs les droits et libertés garantis par la *Charte* et de permettre toute limite raisonnable qu'une société libre et démocratique peut avoir à y imposer. S'ils font preuve de «rigidité et [de] formalisme [. . .] dans l'application de l'article premier», précise-t-il, à la p. 737, les tribunaux risquent de ne pas tenir compte du «rapport synergique» qui existe entre les droits garantis par la *Charte* et le contexte de l'instance particulière. Dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490, j'ai également fait ressortir l'importance du «rapport synergique» et de la nécessité d'éviter ce que j'ai appelé une «méthode mécaniste» dans l'application de l'analyse fondée sur l'article premier:

Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte par-

against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

For a similar contextual approach to the s. 1 analysis, see *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 300; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 184-85; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at pp. 627-28; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56, 1380; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 280-81; and *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, at p. 1122.

64

It appears, then, that Chabot J.'s principal error in applying a "rigorous" civil standard of proof was his failure to take into account the specific context in which the s. 1 balancing must take place. This Court has on many occasions stated that the evidentiary requirements under s. 1 will vary substantially depending upon both the nature of the legislation and the nature of the right infringed. In the present cases, both these contextual elements are highly relevant to a proper application of the s. 1 analysis. Accordingly, before proceeding to an analysis of the evidence submitted at trial, I find it necessary to explore in more detail both the nature of the legislation and the nature of the right it infringes.

65

I turn first to the nature of the legislation. In my discussion of the criminal law power, I concluded that the Act is, in pith and substance, criminal law aimed at the protection of public health. In enacting this legislation, Parliament clearly intended to protect public health by reducing the number of inducements for Canadians to consume tobacco, and by educating Canadians about the health risks entailed in its consumption. The appellants concede, and in my view there is no doubt, that this goal is pressing and substantial. At trial and before this Court the Attorney General adduced copious evidence, some of which is set forth in the criminal law power discussion, demonstrating that tobacco consumption is one of the leading causes of illness

ticulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.

Pour une démarche contextuelle similaire relative à l'analyse fondée sur l'article premier, voir *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la 300; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 184 et 185; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, aux pp. 627 et 628; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1355, 1356 et 1380; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 280 et 281, et *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, à la p. 1122.

Il appert alors que la principale erreur du juge Chabot lorsqu'il a appliqué «rigoureusement» le fardeau de preuve civile est qu'il a omis de tenir compte du contexte spécifique dans lequel doit se dérouler la pondération en vertu de l'article premier. Notre Cour a à maintes reprises affirmé que les exigences en matière de preuve sous le régime de l'article premier varieront beaucoup en fonction de la nature de la loi et du caractère du droit atteint. Ces éléments contextuels sont fort pertinents en l'espèce pour une bonne application de l'analyse fondée sur l'article premier. En conséquence, avant de procéder à une analyse de la preuve déposée au procès, j'estime nécessaire d'examiner plus en détail la nature de la loi et celle du droit auquel elle porte atteinte.

J'examinerai tout d'abord la nature de la loi. Dans mon examen de la compétence en matière de droit criminel, j'ai conclu que la Loi constitue, de par son caractère véritable, du droit criminel visant la protection de la santé publique. Lorsqu'il a adopté cette loi, le Parlement visait de toute évidence à protéger la santé publique en diminuant le nombre des incitations à la consommation du tabac et à sensibiliser les Canadiens aux méfaits du tabac. Les appelantes admettent que cet objectif est urgent et réel, ce qui ne fait aucun doute à mon avis. En première instance et devant notre Cour, le procureur général a déposé de nombreux éléments de preuve, dont certains ont été exposés au cours de l'analyse de la compétence en matière de droit

and death in our society. It is noteworthy that the detrimental effects of tobacco consumption impact not only upon the estimated 30,000 Canadians who die from related diseases each year, but also upon every member of our community. Apart from the apparent danger posed to nonsmoking members of the community by secondary smoke, all Canadians, and not merely tobacco consumers, must shoulder the heightened tax burden arising from the high cost of medical care for tobacco users who become ill.

Having conceded that the objective of protecting public health from the detrimental effects of tobacco consumption is pressing and substantial, the appellants submit, and Chabot J. agreed, that the facts respecting the harmful effect of tobacco are irrelevant to the application of the proportionality analysis. Chabot J. stated, at p. 491:

... much of the expert scientific evidence relating to the effects of tobacco on health, however voluminous and instructive, was nevertheless, with respect, irrelevant to the case and, in the humble view of the court, served merely to colour the debate unnecessarily.

With respect, I disagree. In my view, the nature and scope of the health problems raised by tobacco consumption are highly relevant to the s. 1 analysis, both in determining the appropriate standard of justification and in weighing the relevant evidence. In this respect, it is essential to keep in mind that tobacco addiction is a unique, and somewhat perplexing, phenomenon. Despite the growing recognition of the detrimental health effects of tobacco use, close to a third of the population continues to use tobacco products on a regular basis. At this point, there is no definitive scientific explanation for tobacco addiction, nor is there a clearly understood causal connection between advertising, or any other environmental factor, and tobacco consumption. This is not surprising. One cannot understand the causal connection between advertising and consumption, or between tobacco and addiction, without probing deeply into the mysteries of human psychology. Many of the workings of

criminel, établissant que l'usage du tabac est l'une des principales causes de maladie et de décès dans notre société. Il importe de signaler que les effets préjudiciables de l'usage du tabac ont une incidence non seulement sur les quelque 30 000 Canadiens qui décèdent chaque année de maladies connexes, mais aussi sur l'ensemble de la collectivité. En effet, outre le risque apparent que le tabagisme passif cause aux non-fumeurs dans la société, tous les Canadiens, et non seulement les fumeurs, doivent assumer le fardeau fiscal accru qu'entraînent les frais médicaux élevés des fumeurs qui contractent des maladies.

Comme ils ont admis que l'objectif de protection de la santé publique contre les effets préjudiciables du tabac est urgent et réel, les appelantes soutiennent, ce avec quoi était d'accord le juge Chabot, que les faits relatifs à l'effet nocif du tabac ne sont pas pertinents relativement à l'application de la proportionnalité. Le juge Chabot affirme, à la p. 2293:

... une grande partie de cette preuve d'expertise scientifique relativement aux effets du tabac sur la santé, toute colossale et instructive fut-elle, n'en était pas moins, avec respect, non pertinente en l'espèce et ne servait, de l'humble opinion du Tribunal, qu'à colorer inutilement le débat.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord. À mon avis, la nature et l'étendue des problèmes de santé reliés à l'usage du tabac sont tout à fait pertinents relativement à l'analyse fondée sur l'article premier, tant aux fins de la détermination du critère approprié de justification que dans l'appréciation de la preuve pertinente. À cet égard, il est essentiel de se rappeler que la dépendance au tabac est un phénomène unique et assez compliqué. Même si les effets nocifs du tabac sont de plus en plus connus, près du tiers de la population continue de fumer de façon régulière. On ne peut actuellement pas donner d'explication scientifique concluante de la dépendance au tabac, ni établir un lien causal bien compris entre la publicité, ou tout autre facteur environnemental, et l'usage du tabac. Cela n'est pas étonnant. En effet, on ne saurait comprendre le lien causal entre la publicité et la consommation ou entre le tabac et la dépendance sans procéder à une analyse approfondie des mystères

the human mind, and the causes of human behaviour, remain hidden to our understanding and will no doubt remain so for quite some time. In this respect, it is instructive to consider the view of the Surgeon General of the United States, who observed in his 1989 report entitled *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*, at pp. 512-13:

There is no scientifically rigorous study available to the public that provides a definitive answer to the basic question of whether advertising and promotion increase the level of tobacco consumption. Given the complexity of the issue, none is likely to be forthcoming in the foreseeable future.

However, despite the lack of definitive scientific explanations of the causes of tobacco addiction, clear evidence does exist of the detrimental social effects of tobacco consumption. As I discussed earlier, overwhelming evidence was introduced at trial that tobacco use is a principal cause of deadly cancers, heart disease and lung disease, and that tobacco is highly addictive. Perhaps the most distressing aspect of the evidence introduced at trial is that tobacco consumption is most widespread among the young and the less educated — those segments of the population who are least able to inform themselves about, and to protect themselves against, its hazards. The majority of Canadian tobacco smokers start smoking regularly in their teens, and approximately one in five begin smoking regularly as early as 13; see expert report of Dr. Roberta G. Ferrence, *supra*; “Project Plus/Minus”, prepared for Imperial Tobacco Ltd. (1982). Indeed, it has been estimated that, among young Canadians who continue to use tobacco, six times more will die prematurely of disease caused by smoking than from car accidents, suicide, murder and AIDS combined; see expert report of Dr. Donald T. Wigle, *supra*. Moreover there are more smokers among people with less formal education. While, in 1986, 60 percent of those with no high school education smoked on a daily basis, only 8 percent of those with a university degree did so;

de la psychologie humaine. Un grand nombre des rouages du cerveau humain et des causes du comportement humain demeurent un mystère pour nous, et le demeureront sans doute pendant encore longtemps. Sur ce point, il est intéressant d'examiner le point de vue du Surgeon General des États-Unis qui a fait remarquer dans son rapport de 1989 intitulé: *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*, aux pp. 512 et 513:

[TRADUCTION] Il n'existe pas d'étude publique scientifiquement rigoureuse qui donne une réponse concluante à la question fondamentale de savoir si la publicité et la promotion accroissent la consommation du tabac. Compte tenu de la complexité de la question, il y a peu de chance qu'une telle étude soit menée à brève échéance.

Cependant, malgré l'absence d'explications scientifiques concluantes des causes de la dépendance au tabac, il existe des éléments de preuve clairs sur les effets sociaux préjudiciables de l'usage du tabac. Comme je l'ai mentionné, on a présenté en première instance une preuve abondante établissant d'une part, que l'usage du tabac est une cause principale de cancers, de maladies cardiaques et de maladies pulmonaires entraînant la mort, et d'autre part, que le tabac crée une forte dépendance. L'aspect le plus troublant de la preuve déposée au procès est peut-être que l'usage du tabac est plus répandu chez les jeunes et les personnes moins instruites — les groupes qui sont le moins en mesure de se renseigner sur les méfaits du tabac et de s'en protéger. La majorité des fumeurs au Canada commencent à fumer régulièrement à l'adolescence, et environ un fumeur sur cinq commence à fumer régulièrement dès l'âge de 13 ans; voir le rapport d'expert de Roberta G. Ferrence, *op. cit.*; «Project Plus/Minus», préparé pour Imperial Tobacco Ltd. (1982). En fait, on a estimé que les maladies causées par le tabac entraîneront six fois plus de décès prématurés chez les jeunes fumeurs canadiens que les accidents de voiture, le suicide, le meurtre et le SIDA confondus; voir le rapport d'expert de Donald T. Wigle, *op. cit.* Par ailleurs, il y a davantage de fumeurs chez les gens qui ont moins d'instruction. En 1986, 60 pour 100 des personnes n'ayant fait aucune étude secondaire fumaient à tous les jours, contre seulement 8 pour 100 dans le

see expert report of Dr. Roberta G. Ferrence, *supra*, at p. 32.

It appears, then, that there is a significant gap between our understanding of the health effects of tobacco consumption and of the root causes of tobacco consumption. In my view, this gap raises a fundamental institutional problem that must be taken into account in undertaking the s. 1 balancing. Simply put, a strict application of the proportionality analysis in cases of this nature would place an impossible onus on Parliament by requiring it to produce definitive social scientific evidence respecting the root causes of a pressing area of social concern every time it wishes to address its effects. This could have the effect of virtually paralyzing the operation of government in the socio-economic sphere. As I noted in *McKinney*, *supra*, at pp. 304-5, predictions respecting the ramifications of legal rules upon the social and economic order are not matters capable of precise measurement, and are often "the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society, and other components". To require Parliament to wait for definitive social science conclusions every time it wishes to make social policy would impose an unjustifiable limit on legislative power by attributing a degree of scientific accuracy to the art of government which, in my view, is simply not consonant with reality. As LeBel J.A. observed in the Court of Appeal (at pp. 311-12):

Interpreted literally, mechanically, without nuance, the *Oakes* test and the burden of proof which it imposes on the state would most often negate its ability to legislate.

Moreover, such an approach misconceives the nature of a constitutional case such as this. It cannot be dealt with as if it were an ordinary civil trial. We are not dealing with a matter in which, for example, a particular litigant seeks to demonstrate that his tobacco consumption and the advertising of a manufacturer whose cigarettes

cas des diplômés d'université; voir le rapport d'expert de Roberta G. Ferrence, *op. cit.*, à la p. 32.

Il paraît alors y avoir un important écart entre ce que nous comprenons des effets de l'usage du tabac sur la santé et des principales causes de cet usage. À mon avis, cet écart soulève un problème institutionnel fondamental dont il faut tenir compte dans la pondération effectuée en application de l'article premier. Bref, une application stricte de l'analyse de la proportionnalité dans les affaires de cette nature imposerait un fardeau impossible au Parlement puisqu'il serait alors tenu de produire des éléments de preuve socio-scientifiques concluants relativement aux causes fondamentales d'un problème urgent d'intérêt social chaque fois qu'il désire s'attaquer à ses effets. Cela aurait pour effet de pratiquement paralyser le fonctionnement de l'appareil gouvernemental dans la sphère socio-économique. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *McKinney*, précité, aux pp. 304 et 305, les prévisions relatives aux incidences des règles juridiques sur l'ordre socio-économique ne sont pas des questions susceptibles d'être évaluées précisément, et découlent souvent «de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments». Si l'on exigeait du Parlement qu'il attende les données concluantes des études dans le domaine des sciences humaines chaque fois qu'il désire adopter une politique sociale, on restreindrait de façon injustifiable la compétence législative en attribuant un degré de précision scientifique à l'art de gouverner, ce qui, à mon avis, n'est tout simplement pas conforme à la réalité. Comme le juge LeBel de la Cour d'appel l'a fait remarquer (à la p. 391):

Interprétés littéralement, mécaniquement, sans nuances, le test d'*Oakes* et le fardeau de preuve imposé ainsi à l'État nieraient, le plus souvent, à celui-ci la faculté de légiférer.

Par ailleurs, une telle approche se méprend sur la nature d'une affaire constitutionnelle comme celle-ci. Elle ne s'assimile pas à un simple procès civil. Nous ne sommes pas placés devant un dossier où un plaideur particulier tenterait, par hypothèse, de démontrer que, dans son cas, sa consommation de tabac et la publicité

he consumed caused his lung cancer or his emphysema. It is rather a question of determining the basis on which a legislator may choose to act, where the outcome is uncertain.

It is necessary to understand the limits and the nature of policy choices. It is often difficult to forecast the future and to anticipate the beneficial or negative consequences of government policy. A well-conceived policy may be poorly applied. The necessary institutional resources may fail; unforeseen obstacles may intervene. If one is to apply rigorously the criterion of civil proof on the balance of probabilities it will be impossible to govern. On this basis, it would not be possible to make difficult but sometimes necessary legislative choices. There would be conferred on the courts a supervisory role over a state itself essentially inactive.

68

In several recent cases, this Court has recognized the need to attenuate the *Oakes* standard of justification when institutional constraints analogous to those in the present cases arise. In *Irwin Toy, supra*, at pp. 993-94, this Court stated:

... in matching means to ends and asking whether rights or freedoms are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck. Vulnerable groups will claim the need for protection by the government whereas other groups and individuals will assert that the government should not intrude.

. . .

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. . . .

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. For example, in justifying

faite par tel manufacturier dont il consommait les cigarettes ont causé son cancer du poumon ou son emphyseme. Il s'agit plutôt de déterminer sur quelle base un législateur peut choisir d'agir, dans des perspectives incertaines.

Il faut comprendre les limites et la nature des choix politiques. Il est souvent difficile de prévoir l'avenir et d'anticiper les conséquences bénéfiques ou néfastes d'une politique gouvernementale. Bien conçue, une politique peut être mal appliquée. Les ressources institutionnelles nécessaires peuvent faire défaut, des obstacles imprévus survenir. Si l'on applique rigoureusement le critère de la preuve civile, selon la balance des probabilités, on ne gouvernera pas. L'on ne saura faire les choix législatifs difficiles, mais parfois nécessaires. L'on confiera à la magistrature la surveillance d'un état essentiellement passif.

Dans plusieurs arrêts récents, notre Cour a reconnu la nécessité d'assouplir le critère de justification formulé dans *Oakes* en présence de contraintes institutionnelles semblables à celles qui existent en l'espèce. Dans *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994, notre Cour affirme:

... en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits ou aux libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve. Les groupes vulnérables vont revendiquer la protection du gouvernement alors que les autres groupes et individus affirmeront que le gouvernement ne doit pas intervenir.

. . .

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. . . .

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. Par exemple, pour justifier

ing an infringement of legal rights enshrined in ss. 7 to 14 of the *Charter*, the state, on behalf of the whole community, typically will assert its responsibility for prosecuting crime whereas the individual will assert the paramountcy of principles of fundamental justice. There might not be any further competing claims among different groups. In such circumstances, and indeed whenever the government's purpose relates to maintaining the authority and impartiality of the judicial system, the courts can assess with some certainty whether the "least drastic means" for achieving the purpose have been chosen, especially given their accumulated experience in dealing with such questions. . . .

In drawing a distinction between legislation aimed at "mediating between different groups", where a lower standard of s. 1 justification may be appropriate, and legislation where the state acts as the "singular antagonist of the individual", where a higher standard of justification is necessary, the Court in *Irwin Toy* was drawing upon the more fundamental institutional distinction between the legislative and judicial functions that lies at the very heart of our political and constitutional system. Courts are specialists in the protection of liberty and the interpretation of legislation and are, accordingly, well placed to subject criminal justice legislation to careful scrutiny. However, courts are not specialists in the realm of policy-making, nor should they be. This is a role properly assigned to the elected representatives of the people, who have at their disposal the necessary institutional resources to enable them to compile and assess social science evidence, to mediate between competing social interests and to reach out and protect vulnerable groups. In according a greater degree of deference to social legislation than to legislation in the criminal justice context, this Court has recognized these important institutional differences between legislatures and the judiciary.

In my view, the considerations addressed by this Court in *Irwin Toy* and *McKinney*, *supra*, are applicable to the present cases. In enacting this legisla-

une atteinte à des droits consacrés par les art. 7 à 14 de la *Charte*, l'État fera valoir, au nom de toute la société, sa responsabilité de poursuivre les criminels alors que la personne fera valoir le caractère prépondérant des principes de justice fondamentale. Il est possible qu'il n'y ait pas de demandes contradictoires venant de différents groupes. Dans de tels cas, et d'ailleurs chaque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] «moyens les moins radicaux» ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions . . .

En établissant une distinction entre une loi visant à «arbitrer entre des groupes différents», auquel cas un critère moins sévère pourrait être approprié relativement à la justification en vertu de l'article premier, et une loi dans laquelle l'État agit à titre d'«adversaire singulier de l'individu», auquel cas il faut appliquer un critère plus sévère, notre Cour, dans l'arrêt *Irwin Toy*, faisait appel à la distinction institutionnelle plus fondamentale entre les fonctions législatives et judiciaires, qui est à la base même de notre régime politique et constitutionnel. Les tribunaux sont des spécialistes de la protection de la liberté et de l'interprétation des lois et sont, en conséquence, bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle. Cependant, ils ne sont pas des spécialistes de l'élaboration des politiques et ils ne devraient pas l'être. Ce rôle est celui des représentants élus de la population, qui disposent des ressources institutionnelles nécessaires pour recueillir et examiner la documentation en matière de sciences humaines, arbitrer entre des intérêts sociaux opposés et assurer la protection des groupes vulnérables. Lorsqu'elle fait preuve d'une plus grande retenue à l'égard des lois à caractère social qu'à l'égard des lois en matière de justice criminelle, notre Cour reconnaît ces différences institutionnelles importantes entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

À mon avis, les considérations que notre Cour a examinées dans les arrêts *Irwin Toy* et *McKinney*, précités, sont applicables en l'espèce. Lorsqu'il a

tion, Parliament was facing a difficult policy dilemma. On the one hand, Parliament is aware of the detrimental health effects of tobacco use, and has a legitimate interest in protecting Canadians from, and in informing them about, the dangers of tobacco use. Health underlies many of our most cherished rights and values, and the protection of public health is one of the fundamental responsibilities of Parliament. On the other hand, however, it is clear that a prohibition on the manufacture, sale or use of tobacco products is unrealistic. Nearly seven million Canadians use tobacco products, which are highly addictive. Undoubtedly, a prohibition of this nature would lead to an increase in illegal activity, smuggling and, quite possibly, civil disobedience. Well aware of these difficulties, Parliament chose a less drastic, and more incremental, response to the tobacco health problem. In prohibiting the advertising and promotion of tobacco products, as opposed to their manufacture or sale, Parliament has sought to achieve a compromise among the competing interests of smokers, non-smokers and manufacturers, with an eye to protecting vulnerable groups in society. Given the fact that advertising, by its very nature, is intended to influence consumers and create demand, this was a reasonable policy decision. Moreover, as I discussed above, the Act is the product of a legislative process dating back to 1969, when the first report recommending a full prohibition on tobacco advertising was published; see *Report of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs on Tobacco and Cigarette Smoking, supra*. In drafting this legislation, Parliament took into account the views of Canadians from many different sectors of society, representing many different interests. Indeed, the legislative committee responsible for drafting Bill C-51, which was subsequently adopted by Parliament as the Act, heard from 104 organizations during hearings in 1988 representing a variety of interests, including medicine, transport, advertising, smokers' rights, non-smokers' rights, and tobacco production.

adopté cette loi, le Parlement était aux prises avec un dilemme difficile. D'une part, il est bien au courant des effets nocifs de l'usage du tabac sur la santé et est légitimement fondé à protéger les Canadiens contre ses méfaits et à les y sensibiliser. La santé est à la base des droits et valeurs qui nous tiennent le plus à cœur, et la protection de la santé publique est l'une des responsabilités fondamentales du Parlement. D'autre part, cependant, il est clair qu'il n'est pas réaliste d'interdire la fabrication, la vente ou l'usage des produits du tabac. Presque sept millions de Canadiens font usage des produits du tabac, lesquels créent une forte dépendance. De toute évidence, une telle interdiction donnerait lieu à un accroissement des activités illégales, de la contrebande, voire même de la désobéissance civile. Fort conscient de ces difficultés, le Parlement a choisi des mesures moins radicales et plus graduelles pour répondre au problème du tabagisme. En interdisant la publicité et la promotion des produits du tabac, par opposition à leur fabrication ou à leur vente, il a tenté de parvenir à un compromis entre les intérêts opposés des fumeurs, des non-fumeurs et des fabricants, dans le but de protéger les groupes vulnérables de la société. Puisque la publicité vise intrinsèquement à influencer les consommateurs et à susciter la demande, la mesure prise constituait une décision de principe raisonnable. Par ailleurs, comme je l'ai déjà mentionné, la Loi est l'aboutissement du processus législatif commencé en 1969 au moment où était rendu public le premier rapport recommandant un bannissement total de la publicité des produits du tabac; voir le *Rapport du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales sur l'usage du tabac et de la cigarette, op. cit.* Dans la rédaction de la Loi, le législateur a tenu compte du point de vue des Canadiens provenant de divers secteurs de la société, représentant tout un éventail d'intérêts. En effet, lors des audiences tenues en 1988, le comité responsable de la rédaction du projet de loi C-51, aujourd'hui devenu la Loi, a entendu les commentaires de 104 organisations représentant divers intérêts, notamment, médecine, transport, publicité, groupes de fumeurs, groupes de non-fumeurs et producteurs de tabac.

Seen in this way, it is clear that the Act is the very type of legislation to which this Court has generally accorded a high degree of deference. In drafting this legislation, which is directed toward a laudable social goal and is designed to protect vulnerable groups, Parliament was required to compile and assess complex social science evidence and to mediate between competing social interests. Decisions such as these are properly assigned to our elected representatives, who have at their disposal the necessary resources to undertake them, and who are ultimately accountable to the electorate. As I observed in *McKinney*, *supra*, at p. 305:

They are decisions of a kind where those engaged in the political and legislative activities of Canadian democracy have evident advantages over members of the judicial branch, as *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 993-94, has reminded us. This does not absolve the judiciary of its constitutional obligation to scrutinize legislative action to ensure reasonable compliance with constitutional standards, but it does import greater circumspection than in areas such as the criminal justice system where the courts' knowledge and understanding affords it a much higher degree of certainty.

Turning now to the nature of the right infringed under the Act, it is once again necessary to place the appellants' claim in context. This Court has recognized, in a line of freedom of expression cases dating back to *Edmonton Journal*, *supra*, that, depending on its nature, expression will be entitled to varying levels of constitutional protection. In *Edmonton Journal*, Wilson J. outlined the need for a contextual, as opposed to an abstract, approach to freedom of expression cases. She stated, at pp. 1355-56:

... a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition

Vue sous cet angle, il est clair que la Loi est précisément le type de loi envers laquelle notre Cour a généralement fait preuve d'une grande retenue. Dans le cadre de la rédaction de cette loi, qui vise à atteindre un objectif social louable et à protéger les groupes vulnérables, le Parlement a dû recueillir et examiner des données sociales complexes et trancher entre des intérêts sociaux opposés. Le soin de prendre de telles décisions est confié comme il se doit à nos représentants élus, qui disposent des ressources nécessaires à cette fin et qui sont en dernier ressort responsables envers l'électorat. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *McKinney*, précité, à la p. 305:

Ce sont des décisions où ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les membres du pouvoir judiciaire, comme nous l'a rappelé l'arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994. Cela ne libère pas le pouvoir judiciaire de son obligation constitutionnelle d'examiner minutieusement les mesures législatives pour veiller à ce qu'elles se conforment raisonnablement aux normes constitutionnelles, mais cela entraîne une plus grande circonspection que dans des domaines comme le système de justice criminelle où le savoir et le discernement de la cour lui permettent de se prononcer de façon beaucoup plus sûre.

Je passe maintenant à l'examen de la nature du droit auquel il a été porté atteinte; de nouveau, il est nécessaire de placer dans son contexte la demande des appelantes. Dans une série d'arrêts sur la liberté d'expression rendus depuis *Edmonton Journal*, précité, notre Cour a reconnu que, selon sa nature, l'expression pourra bénéficier de divers degrés de protection constitutionnelle. Dans l'arrêt *Edmonton Journal*, le juge Wilson a exposé la nécessité du recours à une méthode contextuelle, et non abstraite, dans l'examen des questions de liberté d'expression. Elle affirme aux pp. 1355 et 1356:

... une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects

with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

In *Rocket*, *supra*, at pp. 246-47, McLachlin J. affirmed Wilson J.'s contextual approach:

While the Canadian approach does not apply special tests to restrictions on commercial expression, our method of analysis does permit a sensitive, case-oriented approach to the determination of their constitutionality. Placing the conflicting values in their factual and social context when performing the s. 1 analysis permits the courts to have regard to special features of the expression in question. As Wilson J. notes in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, not all expression is equally worthy of protection. Nor are all infringements of free expression equally serious.

pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

Dans l'arrêt *Rocket*, précité, aux pp. 246 et 247, le juge McLachlin a confirmé la méthode contextuelle formulée par le juge Wilson:

Bien que la méthode canadienne ne consiste pas à appliquer des critères spéciaux aux restrictions imposées à l'expression commerciale, notre méthode d'analyse permet d'aborder la détermination de leur constitutionnalité avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier. En situant les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l'expression en question. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection. Toutes les violations de la liberté d'expression ne sont pas également graves.

72

The source of the "sensitive, case-oriented approach" referred to by McLachlin J. in *Rocket* is this Court's more fundamental recognition that the right to freedom of expression is not absolute and cannot, in all cases, override other rights and values. Although freedom of expression is undoubtedly a fundamental value, there are other fundamental values that are also deserving of protection and consideration by the courts. When these values come into conflict, as they often do, it is necessary for the courts to make choices based not upon an abstract, platonic analysis, but upon a concrete weighing of the relative significance of each of the relevant values in our community in the specific context. This the Court has done by weighing freedom of expression claims in light of their relative connection to a set of even more fundamental values. In *Keegstra*, *supra*, at pp. 762-63, Dickson C.J. identified these fundamental or "core" values as including the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process. When state action places such values in jeopardy,

La source de l'examen à faire «avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier», dont parle le juge McLachlin dans l'arrêt *Rocket*, est la reconnaissance plus fondamentale par notre Cour que le droit à la liberté d'expression n'est pas absolu et ne peut, dans tous les cas, l'emporter sur les autres droits et libertés. Bien que la liberté d'expression constitue indubitablement une valeur fondamentale, il existe d'autres valeurs fondamentales qui méritent aussi d'être protégées et examinées par les tribunaux. En cas de conflit entre ces valeurs, comme cela se produit souvent, les tribunaux sont appelés à faire des choix fondés non pas sur une analyse abstraite, platonicienne, mais sur une appréciation concrète de l'importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question. C'est ce que notre Cour a fait en examinant les demandes touchant le droit à la liberté d'expression en fonction du lien relatif qu'elles ont avec des valeurs encore plus fondamentales. Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 762 et 763, le juge en chef Dickson a identifié ces valeurs fondamentales ou se trouvant au «cœur» d'une garantie comme incluant la décou-

this Court has been careful to subject it to a searching degree of scrutiny. However, when the form of expression placed in jeopardy falls farther from the "centre core of the spirit", this Court has ruled restrictions on such expression less difficult to justify. As Dickson C.J. observed in *Keegstra*, *supra*, at p. 760:

In my opinion, however, the s. 1 analysis of a limit upon s. 2(b) cannot ignore the nature of the expressive activity which the state seeks to restrict. While we must guard carefully against judging expression according to its popularity, it is equally destructive of free expression values, as well as the other values which underlie a free and democratic society, to treat all expression as equally crucial to those principles at the core of s. 2(b).

In cases where the expression in question is farther from the "core" of freedom of expression values, this Court has applied a lower standard of justification. For example, in *Keegstra*, where a majority of this Court ruled that a prohibition on hate speech under s. 319(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, was a justifiable limitation on freedom of expression, Dickson C.J. found that this limited infringement was justified because hate propaganda was a form of expression that was only remotely related to "core" free expression values. He noted, at p. 766:

... I am of the opinion that hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. While I cannot conclude that hate propaganda deserves only marginal protection under the s. 1 analysis, I can take cognizance of the fact that limitations upon hate propaganda are directed at a

verte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique. Lorsque les mesures gouvernementales menacent ces valeurs, notre Cour a pris soin d'en faire un examen rigoureux. Toutefois, lorsque la forme d'expression menacée s'écarte beaucoup de l'«esprit même» de la garantie, notre Cour a statué que les restrictions à cette expression sont moins difficiles à justifier. Comme le juge en chef Dickson l'a fait remarquer dans *Keegstra*, précité, à la p. 760:

À mon avis, toutefois, l'analyse en vertu de l'article premier d'une restriction imposée à l'al. 2b) doit tenir compte de la nature de l'activité expressive que l'État cherche à restreindre. Si nous devons veiller à ne pas juger l'expression en fonction de sa popularité, il est tout aussi néfaste pour les valeurs inhérentes à la liberté d'expression, et pour les autres valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique, de considérer que toutes les sortes d'expressions revêtent la même importance au regard des principes qui sont au cœur de l'al. 2b).

Dans les cas où l'expression en question s'écarte beaucoup des valeurs au «cœur» de la liberté d'expression, notre Cour a appliqué une norme de justification moins sévère. Par exemple, dans l'arrêt *Keegstra*, dans lequel notre Cour à la majorité a statué qu'une interdiction de fomentation de la haine fondée sur le par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constituait une restriction justifiable de la liberté d'expression, le juge en chef Dickson a statué que cette atteinte limitée était justifiée parce que la propagande haineuse constituait une forme d'expression qui ne se rattachait au «cœur» des valeurs de la liberté d'expression. Il a fait remarquer, à la p. 766:

... je suis d'avis que la propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. Si je ne puis conclure que la propagande haineuse ne mérite qu'une protection minimale dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, je peux néanmoins recon-

special category of expression which strays some distance from the spirit of s. 2(b), and hence conclude that "restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b)". . . .

74

This Court adopted a similar approach in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, where it found a prohibition upon publications whose dominant characteristic was the "undue exploitation of sex" under s. 163(8) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to be a justifiable infringement upon freedom of expression. In so ruling, this Court found it significant, at p. 500, that "the kind of expression which is sought to be advanced does not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the 'core' of the freedom of expression values". The expression targeted by s. 163(8) was pornography, which is designed to promote sex for profit, and thus fell far from the "core" of freedom of expression values discussed by Dickson C.J. in *Keegstra*. The Court has adopted a similar approach with respect to prostitution, which was also accorded a lower level of protection in the *Prostitution Reference*, *supra*. In that case, Dickson C.J. stated, at p. 1136:

When a *Charter* freedom has been infringed by state action that takes the form of criminalization, the Crown bears the heavy burden of justifying that infringement. Yet, the expressive activity, as with any infringed *Charter* right, should also be analyzed in the particular context of the case. Here, the activity to which the impugned legislation is directed is expression with an economic purpose. It can hardly be said that communications regarding an economic transaction of sex for money lie at, or even near, the core of the guarantee of freedom of expression.

75

In my view, the harm engendered by tobacco, and the profit motive underlying its promotion, place this form of expression as far from the "core" of freedom of expression values as prostitu-

naître le fait que les restrictions imposées à la propagande haineuse visent une catégorie particulière d'expression qui s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2b). Je conclus donc qu'«il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b)» . . .

Notre Cour a adopté une analyse similaire dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, dans lequel elle a statué qu'une interdiction touchant des publications dont une caractéristique dominante était «l'exploitation indue des choses sexuelles» en contravention du par. 163(8) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constituait une atteinte justifiable à la liberté d'expression. Ce faisant, notre Cour a considéré comme important, à la p. 500, que «le genre d'expression que l'on cherche à promouvoir n'est pas du même calibre que les autres genres d'expression qui touchent directement à l'«essence» des valeurs relatives à la liberté d'expression». L'expression visée par le par. 163(8) était la pornographie, laquelle vise à promouvoir le sexe contre un profit, ce qui s'écarte des valeurs au «cœur» de la liberté d'expression analysées par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*. Notre Cour a adopté une analyse similaire relativement à la prostitution, à laquelle elle a également accordé une protection moindre dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson affirme aux pp. 1135 et 1136:

Lorsqu'une liberté garantie par la *Charte* a été violée par une mesure prise par l'État, en l'occurrence la criminalisation, le ministère public doit s'acquitter du lourd fardeau de justifier cette violation. Néanmoins, comme dans le cas de toute violation d'un droit reconnu par la *Charte*, l'activité d'expression devrait également être analysée dans le contexte particulier de l'affaire. En l'espèce, l'activité visée par la disposition législative contestée est une expression ayant un but économique. On peut difficilement affirmer que les communications relatives à l'opération économique d'échange de services sexuels pour de l'argent relèvent, ou même se rapprochent, de l'essence de la garantie de la liberté d'expression.

À mon avis, le préjudice engendré par le tabac, et la volonté de faire des profits qui en sous-tend la promotion, placent cette forme d'expression aussi loin du «cœur» des valeurs de la liberté d'expres-

tion, hate mongering, or pornography, and thus entitle it to a very low degree of protection under s. 1. It must be kept in mind that tobacco advertising serves no political, scientific or artistic ends; nor does it promote participation in the political process. Rather, its sole purpose is to inform consumers about, and promote the use of, a product that is harmful, and often fatal, to the consumers who use it. The main, if not sole, motivation for this advertising is, of course, profit. The sale of tobacco products in Canada generates enormous profits for the three companies who dominate the market (RJR, Imperial and Rothmans, Benson & Hedges Inc.). In 1992, for example, earnings from Imperial's operations alone reached \$432,000,000 (Earnings from operations (Tobacco) in Note 31 (Segmented financial information) in "Notes to the Consolidated Financial Statements", at p. 48 of *Imasco Annual Report 1992* and "Six Year Review" in *Imasco Annual Report 1992*, at pp. 52-53).

The appellants, both of whom are large multinational corporations, spend millions of dollars every year to promote their products (in 1987 alone, RJR and Imperial spent over \$75 million dollars on advertising and promotion); see RJR-MacDonald Inc., "Advertising and Promotion Spending (CND\$)" (1976-1987); Imperial Tobacco Ltd., "Domestic Advertising Expense Summary" (1982-1987). The large sums these companies spend on advertising allow them to employ the most advanced advertising and social psychology techniques to convince potential buyers to buy their products. The sophistication of the advertising campaigns employed by these corporations, in my view, undermines their claim to freedom of expression protection because it creates an enormous power differential between these companies and tobacco consumers in the "marketplace of ideas". As noted by M. L. Rothschild in *Advertising: From Fundamentals to Strategies* (1987), at p. 8, and cited in Dr. Richard W. Pollay, "The

sion que la prostitution, la fomentation de la haine ou la pornographie, ce qui fait qu'elle n'a droit qu'à une faible protection en vertu de l'article premier. Il faut se rappeler que la publicité du tabac ne sert aucune fin politique, scientifique ou artistique et qu'elle ne favorise pas la participation au processus politique. Son seul but est plutôt de renseigner les consommateurs sur un produit qui est nocif, voire souvent fatal, pour ceux qui en font usage, et d'en faire la promotion. Le principal, sinon le seul motif de la publicité est, bien entendu, le profit. La vente des produits du tabac au Canada génère d'énormes profits pour les trois compagnies qui dominent le marché (RJR, Imperial et Rothmans, Benson & Hedges Inc.). Par exemple, en 1992, les revenus d'exploitation d'Imperial seulement se sont élevés à 432 000 000 \$ (Bénéfice des activités d'exploitation (Tabac), dans Note 31 (Information financière sectorielle) dans «Notes complémentaires des exercices», à la p. 48, *Imasco, Rapport annuel 1992*, et «Revue des six dernières années» dans *Imasco, Rapport annuel 1992*, aux pp. 52 et 53).

Les appelantes, toutes deux d'importantes multinationales, dépensent des millions de dollars chaque année pour faire la promotion de leurs produits (en 1987 seulement, RJR et Imperial ont dépensé plus de 75 millions de dollars au titre de la publicité et de la promotion); voir RJR-MacDonald Inc., «Advertising and Promotion Spending CND\$» (1976-1987); Imperial Tobacco Ltd., «Domestic Advertising Expense Summary» (1982-1987). Vu les sommes importantes que ces compagnies consacrent à la publicité, elles sont en mesure de recourir aux techniques les plus avancées dans le domaine de la publicité et des sciences psychosociales pour convaincre d'éventuels acheteurs. À mon avis, la complexité même des campagnes publicitaires menées par ces compagnies ne les aide pas lorsqu'elles demandent que soit protégée leur liberté d'expression, du fait que ces campagnes créent un important déséquilibre des forces entre ces sociétés et les consommateurs des produits du tabac dans le «marché des idées». Comme l'a fait remarquer M. L. Rothschild dans *Advertising: From Fundamentals to Strategies* (1987), à la p. 8, et cité dans l'ouvrage de Richard W. Pollay,

Functions and Management of Cigarette Advertising”, Report, prepared July 27, 1989, at p. 2:

Advertising is salesmanship, and is paid for by a firm, a person or a group with a particular point of view. The message advocates that point of view, and its goal is to create awareness, attitude, or behaviour that is favorable to that advocacy position. The message attempts to inform and to persuade; it is intentionally biased, and there is no intent to present a balanced point of view.

The power differential between advertiser and consumer is even more pronounced with respect to children who, as this Court observed in *Irwin Toy*, at p. 987, are “particularly vulnerable to the techniques of seduction and manipulation abundant in advertising”; see, e.g., expert report of Dr. Michael J. Chandler, “A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents” (1989), at p. 19; expert report of Simon Chapman and Bill Fitzgerald, “Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers: Some Implications for Health Promotion” (1982), 72 *Am. J. Pub. Health* 491; Gerald J. Gorn and Renée Florsheim, “The Effects of Commercials for Adult Products on Children” (1985), 11 *J. Consumer Res.* 962. In this respect, it is critical to keep in mind Dickson C.J.’s reminder in *Edwards Books, supra*, at p. 779:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

77

I conclude, therefore, that an attenuated level of s. 1 justification is appropriate in these cases. Taking into account both the nature of the right and the nature of the legislation in issue, I am satisfied that LeBel J.A. was correct in deciding that the Attorney General need only demonstrate that Parliament had a rational basis for introducing the measures contained in this Act. With these observations firmly in mind, I now proceed to an application of the proportionality test.

«The Functions and Management of Cigarette Advertising», Rapport, 27 juillet 1989, à la p. 2:

[TRADUCTION] La publicité est l’art de vendre; elle est financée par une firme, une personne ou un groupe ayant un point de vue particulier. Le message prône ce point de vue et son objectif est de sensibiliser, de créer un intérêt ou d’établir un comportement qui est favorable à la position avancée. Le message tente d’informer et de persuader, il est intentionnellement partial; il ne s’agit aucunement de présenter un point de vue équilibré.

Le déséquilibre des forces entre le publicitaire et le consommateur est encore plus marqué dans le cas des enfants qui, comme l’a affirmé notre Cour dans l’arrêt *Irwin Toy*, à la p. 987, sont «particulièrement vulnérable[s] aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité»; voir le rapport d’expert de Michael J. Chandler, «A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents» (1989), à la p. 19; le rapport d’expert de Simon Chapman et Bill Fitzgerald, «Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers: Some Implications for Health Promotion» (1982), 72 *Am. J. Pub. Health* 491, et Gerald J. Gorn et Renée Florsheim, «The Effects of Commercials for Adult Products on Children» (1985), 11 *J. Consumer Res.* 962. À cet égard, il est essentiel de se rappeler la mise en garde du juge en chef Dickson dans *Edwards Books*, précité, à la p. 779:

Je crois que lorsqu’ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu’elle ne devienne pas simplement l’instrument dont se servent les plus favorisés pour écarter des lois dont l’objet est d’améliorer le sort des moins favorisés.

Par conséquent, je conclus qu’il convient en l’espèce de faire preuve de souplesse dans la justification au regard de l’article premier. Compte tenu de la nature du droit et de celle de la loi en cause, je suis convaincu que le juge LeBel de la Cour d’appel a eu raison de décider que le procureur général n’avait qu’à établir que le Parlement avait un motif rationnel de déposer les mesures contenues dans la Loi. En gardant fermement ces observations à l’esprit, je procède maintenant à une application du critère de la proportionnalité.

Proportionality

As I mentioned at the outset of my *Charter* discussion, the appellants rely heavily on Chabot J.'s factual findings in support of their argument that the measures employed under the Act are not proportional to the objective of reducing tobacco consumption. Briefly, Chabot J.'s principal factual findings at trial were as follows. With respect to a rational connection between the measures adopted under the Act and the objective of reducing tobacco consumption, he found, at p. 512, that "the connection which the state seeks to establish between health protection and tobacco advertising is tenuous and speculative" and, at p. 513, that "[t]he virtual totality of the scientific documents in the state's possession at the time the Act was passed do not demonstrate that a ban on advertising would affect consumption". With respect to whether the measures impair rights as little as possible, Chabot J. concluded, at pp. 515-16, as follows:

To the extent that the purpose of the law is to eliminate any message constituting an inducement addressed to any Canadian citizen, the only means to achieve this is necessarily a total ban on such messages. To the extent that the purpose is to protect young people from inducements to smoke, a total ban on all advertising of any kind, directed at any audience, goes far beyond that purpose. Likewise, if the objective is to enhance Canadians' awareness of the harmful effects of cigarettes, the total ban on advertising is out of all proportion to the objective, while the imposition of unattributed messages goes beyond what was necessary to achieve the objective, all the more so as there is no impact study on the effectiveness of these unattributed messages as compared to messages attributed to the Department of National Health and Welfare.

Finally, with respect to the proportionality between effects and objectives, Chabot J. found, at p. 517, that the Act constituted "social engineering" which was an "extremely serious impairment of the principles inherent in a free and democratic society which is disproportionate to the objective of the [Act]".

In my view, Chabot J. erred in finding that there was insufficient evidence to satisfy the proportionality requirement, and the majority of the Court of

Proportionnalité

Comme je l'ai mentionné au début de mon analyse fondée sur la *Charte*, les appelantes s'appuient fortement sur les conclusions de fait du juge Chabot pour soutenir que les mesures employées en vertu de la Loi ne sont pas proportionnelles à l'objectif de réduire l'usage du tabac. Voici un bref résumé des principales conclusions de fait du juge Chabot. En ce qui concerne l'existence d'un lien rationnel entre les mesures adoptées en vertu de la Loi et l'objectif de réduire l'usage du tabac, il a conclu, à la p. 2308, que «le lien que l'État cherche à établir entre la protection de la santé et la publicité des produits du tabac est ténue et aléatoire» et que «[l]a presque totalité de la documentation scientifique en possession de l'État lors de l'adoption de la loi ne démontrait pas que le bannissement de la publicité aurait un effet sur la consommation» (p. 2309). Quant à savoir si les mesures constituent une atteinte minimale aux droits, le juge Chabot a ajouté, à la p. 2311:

Dans la mesure où l'objectif de la loi est d'éliminer tout message incitatif auprès de tout citoyen canadien, la seule manière d'y arriver, c'est nécessairement d'interdire en totalité ces messages. Dans la mesure où l'objectif est de protéger les jeunes contre les incitatifs à fumer, l'interdiction totale de toute forme et de toute publicité dirigée à tout auditoire dépasse largement l'objectif. Pareillement, si l'objectif est de sensibiliser les Canadiens aux méfaits de la cigarette, l'interdiction totale de la publicité est sans commune mesure avec l'objectif, alors que l'imposition de messages non attribués dépasse ce qui était nécessaire pour atteindre l'objectif, d'autant plus qu'il n'y a aucune étude d'impact sur la valeur de ces messages non attribués par rapport aux messages attribués au ministère de la Santé.

Enfin, relativement au critère de la proportionnalité entre les effets et les objectifs, le juge Chabot a estimé à la p. 2312 que la Loi était un genre «d'ingénierie sociale» qui constitue «une atteinte extrêmement grave aux principes inhérents d'une société libre et démocratique, incommensurable avec l'objectif de la [Loi]».

À mon avis, le juge Chabot a commis une erreur lorsqu'il a décidé que la preuve n'était pas suffisante pour satisfaire au critère de la proportionna-

Appeal was correct to interfere with his findings and reevaluate the evidence. It is, of course, well-established that an appellate court may only interfere with the factual findings of a trial judge where the trial judge made a manifest error and where that error influenced the trial judge's final conclusion or overall appreciation of the evidence; see *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at p. 358. However, it is important to emphasize that the trial findings on which the appellants rely are not the type of factual findings that fall within the general rule of appellate "non-interference" discussed in these cases. The appellate "non-interference" rule reflects the traditional recognition that a trial judge is better placed than an appellate court to assess and weigh so-called "adjudicative" facts or, in John Hagan's terms, "who did what, where, when, how and with what motive or intent"; see John Hagan, "Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation" in Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), at p. 215. Fauteux J. explained the rationale for the non-interference rule in *Dorval*, *supra*, at p. 293, as follows:

[TRANSLATION] Because of the privileged position of the judge who presides at the trial, who sees and hears the parties and witnesses and who assesses their evidence, it is an established principle that his opinion is to be treated with the utmost deference by the appellate court, whose duty it is not to retry the case nor to interfere by substituting its own assessment of the evidence for that of the trial judge, except in the case of a clear error on the face of the reasons of the judgment appealed from.

However, the privileged position of the trial judge does not extend to the assessment of "social" or "legislative" facts that arise in the law-making process and require the legislature or a court to assess complex social science evidence and to draw general conclusions concerning the effect of legal rules on human behaviour. As Ann Woolhandler observes in "Rethinking the Judicial Reception of

lité, et la Cour d'appel à la majorité a eu raison de modifier les déterminations du juge Chabot et de procéder à une nouvelle appréciation de la preuve. Il est, évidemment, bien établi qu'une cour d'appel ne peut modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance, sauf si celui-ci a commis une erreur manifeste qui a influencé sa conclusion définitive ou encore son appréciation globale de la preuve; voir *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, à la p. 358. Cependant, il est important de souligner que les conclusions de fait du juge de première instance, que font valoir les appelantes, ne sont pas du type de celles qui seraient visées par la règle générale de «non-intervention» en appel examinée dans les arrêts que je viens de mentionner. La règle de «non-intervention» en appel reflète la règle traditionnelle selon laquelle un juge de première instance est en meilleure position qu'une cour d'appel pour évaluer et pondérer des faits dits «en litige» ou pour déterminer, selon les termes employés par John Hagan, [TRADUCTION] «qui a fait quoi, où, quand, comment et pour quel motif ou dans quelle intention»; voir John Hagan, «Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation» dans Robert J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), à la p. 215. Le juge Fauteux a expliqué la raison d'être de la règle de non-intervention dans l'arrêt *Dorval*, précité à la p. 293:

En raison de la position privilégiée du juge qui préside au procès, voit, entend les parties et les témoins et en apprécie la tenue, il est de principe que l'opinion de celui-ci doit être traitée avec le plus grand respect par la Cour d'appel et que le devoir de celle-ci n'est pas de refaire le procès, ni d'intervenir pour substituer son appréciation de la preuve à celle du juge de première instance à moins qu'une erreur manifeste n'apparaisse aux raisons ou conclusions du jugement frappé d'appel.

Cependant, la situation privilégiée du juge de première instance ne va pas jusqu'à faire l'appréciation des faits «sociaux» ou «législatifs» qui se rattachent au processus législatif et obligent une législature ou un tribunal à procéder à l'appréciation de données complexes en sciences humaines et à tirer des conclusions générales sur l'effet des règles de droit sur le comportement humain.

Legislative Facts” (1988), 41 *Vand. L. Rev.* 111, at pp. 114 and 123, conclusions of this nature are most accurately characterized as social or legislative facts because they involve predictions about the social effects of legal rules, which are invariably subject to dispute:

In contrast to adjudicative facts, legislative facts do not presume a pre-existing legal norm because by definition such facts are used to create law. A paradigmatic legislative fact is one that shows the general effect a legal rule will have, and is presented to encourage the decisionmaker to make a particular legal rule. There is less a sense that legislative facts are true or knowable because such facts are predictions, and, moreover, typically predictions about the relative importance of one factor in causing a complex phenomenon.

Legislative facts are predictions about the effects of legal rules and are by their nature disputable. The creation and reception of legislative facts will be governed by pre-existing presumptions about desirable effects and their causes. Legislative facts, moreover, cannot neutrally provide answers to legal questions because by definition legislative facts are used to make the rules that pose the questions. Although legislative facts provide information for the pragmatic balancing of desirable effects, these “facts” cannot tell us what effects are desirable, or how to weigh them.

In my view, the causal connection between tobacco advertising and consumption, or the lack thereof, is a paradigm example of a legislative or social fact. While a trial judge is in a privileged position with respect to adjudicative fact-finding, this is not the case with legislative or social fact-finding, where appellate courts and legislatures are as well placed as trial judges to make findings. Certainly, one does not have to be a trial judge to come to general conclusions about the effect of legal rules on human behaviour. Moreover, given the intimate relation that exists between legislative facts and the creation of legal rules, there is also a strong policy reason for suspending the non-interference rule with respect to legislative or social

Comme Ann Woolhandler le fait remarquer dans «Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts» (1988), 41 *Vand. L. Rev.* 111, aux pp. 114 et 123, de telles conclusions peuvent être plus précisément qualifiées de faits sociaux ou législatifs parce qu’elles portent sur des prédictions quant aux effets sociaux des règles de droit, lesquelles font inmanquablement l’objet de débats:

[TRADUCTION] Contrairement aux faits en litige, les faits législatifs ne supposent pas une norme juridique préexistante parce que, par définition, ces faits servent à l’établissement de lois. Un fait législatif de nature paradigmatique est un fait qui établit l’effet général d’une règle de droit, et qui vise à inciter le décideur à adopter une règle de droit particulière. On a moins l’impression que les faits législatifs sont exacts ou connaissables parce que ces faits sont des prédictions et, plus précisément, des prédictions qui portent généralement sur l’importance relative d’un facteur à l’intérieur d’un phénomène complexe.

Les faits législatifs sont des prédictions sur les effets des règles de droit et sont, de par leur nature, contestables. La constitution et l’admission des faits législatifs seront régies par les présomptions existantes sur les effets souhaitables et leurs causes. Par ailleurs, les faits législatifs ne peuvent fournir de réponses objectives aux questions de droit parce que, par définition, ces faits sont utilisés aux fins de l’adoption des règles qui suscitent les questions. Bien que les faits législatifs renseignent sur la pondération pragmatique des effets souhaitables, ces «faits» ne peuvent nous dire quels sont les effets souhaitables ou comment il faut en faire l’appréciation.

À mon avis, l’existence ou l’inexistence d’un lien causal entre la publicité et l’usage du tabac est un exemple paradigmatique d’un fait législatif ou social. Bien qu’un juge de première instance soit dans une situation privilégiée relativement à l’appréciation des faits en litige, il ne l’est pas dans le cas de faits législatifs ou sociaux, dont l’appréciation peut être aussi bien faite par une cour d’appel ou une législature que par un juge de première instance. De toute évidence, il n’est pas nécessaire d’être juge de première instance pour tirer des conclusions générales sur l’incidence des règles de droit sur le comportement humain. Par ailleurs, compte tenu de la relation étroite entre les faits législatifs et la création des règles de droit, il existe

facts. As Brian G. Morgan notes in "Proof of Facts in Charter Litigation" in *Charter Litigation, supra*, at p. 186, the rigid application of that rule would deny appellate courts their proper role in developing legal principles of general application:

... where legislative and constitutional facts are considered and determined at the trial court level, it is important that reference to the traditional division between fact and law in fixing the scope of appellate review not lead the appellate court to treat as conclusive the findings of the trial judge. First, the traditional and accepted expertise of the trial court in determining adjudicative facts does not extend to the less familiar and inherently less certain task of determining legislative or constitutional facts. Secondly, unless the appellate courts retain sufficient discretion to review findings of the trial court on matters of legislative or constitutional facts, the appellate courts will be denied their proper role of developing principles in this area of the law to be applied in the multitude of individual cases which come before trial judges.

The United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, in *Dunagin v. City of Oxford, Mississippi*, 718 F.2d 738 (1983) (*en banc*), cert. denied, 467 U.S. 1259 (1984), a case involving the constitutionality of a ban on liquor advertising, made the same point, at pp. 748-49, n. 8, in slightly more colourful terms:

There are limits to which important constitutional questions should hinge on the views of social scientists who testify as experts at trial. Suppose one trial judge sitting in one state believes a sociologist who has found no link between alcohol abuse and advertising, while another trial judge sitting in another state believes a psychiatrist who has reached the opposite conclusion. A similar situation actually occurred here. Should identical conduct be constitutionally protected in one jurisdiction

également un solide motif de principe de suspendre l'application de la règle de non-intervention relativement aux faits législatifs ou sociaux. Comme Brian G. Morgan le fait remarquer dans «Proof of Facts in Charter Litigation» dans *Charter Litigation, op. cit.*, à la p. 186, l'application rigide de cette règle empêcherait les cours d'appel de s'acquitter du rôle qui leur incombe d'élaborer des principes de droit d'application générale:

[TRADUCTION] ... lorsque des faits législatifs et des faits de nature constitutionnelle sont examinés et tranchés en première instance, il est important que la mention de la distinction traditionnelle entre un fait et une règle de droit, aux fins de la détermination de l'étendue de l'examen en appel, ne mène pas la cour d'appel à considérer comme définitives les conclusions du juge de première instance. Premièrement, l'expertise traditionnelle et reconnue du tribunal de première instance dans l'appréciation des faits en litige n'englobe pas la tâche moins connue et moins certaine en soi de l'appréciation des faits législatifs ou de nature constitutionnelle. Deuxièmement, à moins qu'une cour d'appel conserve un pouvoir discrétionnaire suffisant pour réviser les conclusions prononcées en première instance sur des questions relatives à des faits législatifs ou de nature constitutionnelle, elle ne pourra s'acquitter du rôle qu'elle a d'élaborer dans ce domaine du droit des principes qui devront être appliqués dans les nombreux dossiers dont sont saisis les juges de première instance.

Dans l'arrêt *Dunagin c. City of Oxford, Mississippi*, 718 F.2d 738 (1983) (*en banc*), cert. refusé, 467 U.S. 1259 (1984), affaire portant sur la constitutionnalité d'une interdiction de publicité de boissons alcoolisées, la Court of Appeals for the Fifth Circuit des États-Unis a formulé la même observation, aux pp. 748 et 749, note 8, mais en des termes légèrement plus colorés:

[TRADUCTION] Il y a une limite au règlement de questions constitutionnelles importantes en fonction des idées des spécialistes en sciences humaines qui témoignent comme expert en première instance. Supposons qu'un juge de première instance dans un État donne foi au témoignage d'un sociologue qui n'a pas établi de lien entre l'abus d'alcool et la publicité, alors qu'un autre juge dans un autre État donne foi au témoignage d'un psychiatre qui est arrivé à la conclusion contraire. Une

and illegal in another? Should the fundamental principles of equal protection delivered in *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 96 L.Ed. 873 (1954), be questioned if the sociological studies regarding racial segregation set out in the opinion's footnote 11 are shown to be methodologically flawed? Should the constitutionality of the property tax as a means of financing public education, resolved in *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 93 S.Ct. 1278, 36 L.Ed.2d 16 (1973), depend on the prevailing views of educators and sociologists as to the existence of a cost-quality relationship in education? Does capital punishment become cruel and unusual when the latest regression models demonstrate a lack of deterrence? The social sciences play an important role in many fields, including the law, but other unscientific values, interests and beliefs are transcendent.

Perhaps for these reasons, the Supreme Court's recent commercial speech and other relevant speech cases indicate that appellate courts have considerable leeway in deciding whether restrictions on speech are justified. In none of them did the Court rely heavily on fact findings of the trial court.

For the foregoing reasons, I conclude that an appellate court may interfere with a finding of a trial judge respecting a legislative or social fact in issue in a determination of constitutionality whenever it finds that the trial judge erred in the consideration or appreciation of the matter. As applied to these cases, I find that, apart from his specific findings with respect to the credibility of witnesses and the probative value of reports, Chabot J.'s factual findings concerning the connection between tobacco advertising and consumption are entitled to minimal deference by this Court. With this in mind, I proceed to the proportionality analysis.

situation similaire s'est produite en l'espèce. Une conduite identique devrait-elle bénéficier d'une protection constitutionnelle dans un ressort et être illégale dans un autre? Les principes fondamentaux en matière d'égalité de protection formulés dans *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 96 L.Ed. 873 (1954) devraient-ils être remis en question si les études sociologiques sur la ségrégation raciale, mentionnées au renvoi 11 de la décision, se révèlent incorrectes du point de vue méthodologique? La constitutionnalité de la taxe foncière comme moyen de financement de l'enseignement public, prononcée dans l'affaire *San Antonio Independent School District c. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 93 S.Ct. 1278, 36 L.Ed.2d 16 (1973), devrait-elle dépendre des opinions courantes des éducateurs et des sociologues quant à l'existence d'un rapport coût-qualité dans l'enseignement? La peine capitale devient-elle un châtiment cruel et inusité dans le cas où les derniers modèles de régression établissent qu'elle n'a pas d'effet de dissuasion? Les sciences humaines jouent un rôle important dans de nombreux domaines, y compris le droit, mais d'autres valeurs, intérêts et croyances non scientifiques ont un rôle transcendant.

C'est peut-être pour ces motifs que la Cour suprême, dans ses récents arrêts sur l'expression commerciale et dans ses décisions pertinentes sur la liberté d'expression, indique que les tribunaux d'appel jouissent d'une grande latitude lorsqu'ils décident si les restrictions à l'expression sont justifiées. La Cour suprême n'accorde d'ailleurs dans ces arrêts aucune grande importance aux conclusions de fait du juge de première instance.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'une cour d'appel peut modifier une conclusion d'un juge de première instance concernant un fait législatif ou social en cause dans une détermination de la constitutionnalité lorsqu'elle décide que le juge de première instance a commis une erreur dans son examen ou son évaluation de la question. Si l'on applique cette conclusion aux présents pourvois, je suis d'avis que les conclusions de fait du juge Chabot relativement au lien entre la publicité en faveur des produits du tabac et l'usage du tabac, à l'exception toutefois de ses conclusions spécifiques sur la crédibilité des témoins et la valeur probante des rapports, donnent lieu à une retenue minimale de la part de notre Cour. Gardant ces considérations à l'esprit, je passe maintenant à l'analyse de la question de la proportionnalité.

Rational Connection

82

The first step in the proportionality analysis requires the government to demonstrate that the legislative means chosen under the Act are rationally connected to the objective of protecting public health by reducing tobacco consumption. As I explained in discussing the contextual nature of the s. 1 analysis, it is unnecessary in these cases for the government to demonstrate a rational connection according to a civil standard of proof. Rather, it is sufficient for the government to demonstrate that it had a reasonable basis for believing such a rational connection exists; see *McKinney*, *supra*, at pp. 282-85; *Irwin Toy*, *supra*, at p. 994; *Butler*, *supra*, at p. 502. Wilson J. summarized the standard of justification under the rational connection analysis in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 291, as follows:

The *Oakes* inquiry into "rational connection" between objectives and means to attain them requires nothing more than a showing that the legitimate and important goals of the legislature are logically furthered by the means government has chosen to adopt.

83

I note at the outset that there is, without question, a rational connection between a prohibition on the distribution of free samples of tobacco products under s. 7 and the protection of public health. Given the close correlation between price and demand in a free market economy, and the addictive nature of tobacco, it is self-evident that the availability of free tobacco will tend to increase consumption of that product. The appellants, however, base their argument principally upon the claim that there is no rational connection between the prohibition on advertising and promotion of tobacco products under ss. 4, 5, 6, and 8 and the objective of reducing tobacco consumption. In my view, the appellants' argument fails. Although the appellants observe, quite correctly, that there has not to date been a definitive study conducted with respect to the connection between tobacco advertising and tobacco consumption, I believe there was sufficient evidence adduced at trial to con-

Le lien rationnel

La première étape dans l'analyse de la proportionnalité exige que le gouvernement fasse la preuve que les moyens législatifs choisis ont un lien rationnel avec l'objectif de protéger la santé publique par la réduction de l'usage du tabac. Comme je l'ai expliqué dans mes motifs sur la nature contextuelle de l'analyse fondée sur l'article premier, il n'est pas nécessaire en l'espèce que le gouvernement fasse la preuve d'un lien rationnel selon les règles de preuve en matière civile. Il lui suffit plutôt de démontrer qu'il avait des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un tel lien; voir *McKinney*, précité, aux pp. 282 à 285; *Irwin Toy*, précité, à la p. 994, et *Butler*, précité, à la p. 502. Dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, le juge Wilson a résumé, à la p. 291, ce en quoi la justification doit consister dans l'analyse du lien rationnel:

L'examen, proposé dans *Oakes*, du «lien rationnel» entre les objectifs et les moyens choisis pour les atteindre n'exige rien de plus que la démonstration que les moyens retenus par le gouvernement favorisent logiquement la réalisation des objectifs légitimes et importants du législateur.

Je constate, dès le départ, qu'il existe assurément un lien rationnel entre l'interdiction, en vertu de l'art. 7, de distribuer des échantillons gratuits de produits du tabac et la protection de la santé publique. Étant donné le rapport étroit entre le prix et la demande dans une économie de libre marché, de même que la nature toxicomanogène du tabac, il est tout à fait évident que la disponibilité de produits du tabac gratuits induira à une augmentation de leur consommation. Pour leur part, les appelantes, appuient leur argumentation principalement sur l'allégation qu'il n'y a aucun lien rationnel entre l'interdiction de la publicité et de la promotion des produits du tabac, en vertu des art. 4, 5, 6 et 8, et l'objectif de réduire la consommation du tabac. À mon avis, l'argumentation des appelantes ne peut être retenue. Bien que jusqu'à maintenant, comme le font remarquer avec raison les appelantes, il n'y ait jamais eu d'étude concluante sur le lien entre la publicité des produits du tabac et leur

clude that the objective of reducing tobacco consumption is logically furthered by the prohibition under the Act on both tobacco advertising and promotion.

I begin with what I consider to be a powerful common sense observation. Simply put, it is difficult to believe that Canadian tobacco companies would spend over 75 million dollars every year on advertising if they did not know that advertising increases the consumption of their product. In response to this observation, the appellants insist that their advertising is directed solely toward preserving and expanding brand loyalty among smokers, and not toward expanding the tobacco market by inducing non-smokers to start. In my view, the appellants' claim is untenable for two principal reasons. First, brand loyalty alone will not, and logically cannot, maintain the profit levels of these companies if the overall number of smokers declines. A proportionate piece of a smaller pie is still a smaller piece. As the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, observed in *Dunagin*, *supra*, at p. 749:

It is beyond our ability to understand why huge sums of money would be devoted to the promotion of sales of liquor without expected results, or continue without realized results. No doubt competitors want to retain and expand their share of the market, but what businessperson stops short with competitive comparisons? It is total sales, profits, that pay the advertiser; and dollars go into advertising only if they produce sales.

Second, even if this Court were to accept the appellants' brand loyalty argument, the appellants have not adequately addressed the further problem that even commercials targeted solely at brand loyalty may also serve as inducements for smokers not to quit. The government's concern with the health effects of tobacco can quite reasonably extend not only to potential smokers who are con-

usage, je crois qu'on a présenté suffisamment d'éléments de preuve au procès pour conclure que la Loi sert logiquement l'objectif de réduire l'usage des produits du tabac par la prohibition tant de la publicité que de la promotion.

Je commence par ce que je considère être une observation relevant du plus gros bon sens. Il est tout simplement difficile de croire que les compagnies de tabac canadiennes dépenseraient plus de 75 000 000 \$ chaque année pour la publicité si elles ne savaient pas qu'il en résultera une augmentation de l'usage de leurs produits. En réponse à cette observation, les appelantes insistent pour dire que leur publicité ne vise qu'à préserver et renforcer la fidélité des fumeurs à des marques, et qu'elle ne vise pas à étendre le marché des produits du tabac en incitant les non-fumeurs à commencer à fumer. À mon avis, l'allégation des appelantes ne peut être retenue, pour deux raisons principales. Premièrement, la seule fidélité aux marques ne maintiendra pas les bénéfices de ces compagnies, car, logiquement elle ne le peut pas, si le nombre total de fumeurs diminue. La même part d'une plus petite tarte n'en demeure pas moins une plus petite part. Comme l'a fait remarquer la Court of Appeals for the Fifth Circuit des États-Unis dans *Dunagin*, précité, à la p. 749:

[TRADUCTION] Il est au-delà de notre capacité de comprendre pourquoi de fortes sommes d'argent seraient affectées à la promotion de la vente de spiritueux sans attente de résultats, ou continueraient de l'être si aucun résultat n'en découle. Il ne fait aucun doute que les compétiteurs souhaitent maintenir et augmenter leur part du marché, mais quel commerçant s'interdit toute comparaison avec ses compétiteurs? C'est l'ensemble des ventes, les bénéfices, qui payent la publicité; et des dollars ne sont consacrés à la publicité que s'ils rapportent des ventes.

Deuxièmement, même si notre Cour acceptait l'argument des appelantes quant à la fidélité à une marque, les appelantes n'auraient pas apporté de solution au problème soulevé par le fait que même la publicité orientée seulement vers la fidélité à une marque peut aussi servir à inciter les fumeurs à ne pas cesser de fumer. La préoccupation du gouvernement quant aux effets des produits du tabac

sidering starting, but also to current smokers who would prefer to quit but cannot.

85

I observe in passing, based upon the recent jurisprudence of this Court, that the foregoing common sense observation is sufficient in itself to establish a rational connection in these cases. In this respect, there is a direct analogy between the present case and *Butler, supra*. In *Butler*, where this Court addressed the constitutionality of a prohibition on “obscene” material under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the critical question raised at the rational connection stage was whether a rational connection existed between “obscene” material and violence against women. There was little or no evidence adduced to establish such a causal connection in a definitive manner. Indeed, in reviewing the evidence in that case, which consisted largely of two conflicting government reports, Sopinka J. observed, at p. 501, that “the literature of the social sciences remains subject to controversy” and that the social science evidence was “inconclusive”. Nonetheless, Sopinka J. decided, at p. 502, that a common sense analysis was sufficient to satisfy the rational connection requirement:

While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs.

In reaching this conclusion, Sopinka J., at p. 502, relied heavily on the following statement by the Meese Commission in its report (Attorney General’s Commission on Pornography, *Final Report* (1986), vol. 1, at p. 326), regarding the effects of pornography:

Although we rely for this conclusion on significant scientific empirical evidence, we feel it worthwhile to note the underlying logic of the conclusion. The evidence says simply that the images that people are exposed to bear a causal relationship to their behavior. This is hardly surprising. What would be surprising

sur la santé peut très raisonnablement s’étendre non seulement aux fumeurs potentiels qui envisagent la possibilité de commencer à fumer, mais aussi aux fumeurs actuels qui voudraient cesser de fumer, mais qui ne le peuvent pas.

Je note en passant que, selon la jurisprudence récente de notre Cour, l’observation de gros bon sens qui précède est suffisante en soi pour établir un lien rationnel en l’espèce. À cet égard, il y a une analogie directe entre la présente affaire et l’arrêt *Butler*, précité. Dans cet arrêt, où notre Cour s’est penchée sur la constitutionnalité d’une interdiction édictée par le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, contre le matériel «obscène», la question en litige qui se posait à l’étape du lien rationnel était de savoir si un lien rationnel existait entre le matériel «obscène» et la violence contre les femmes. Il n’y avait que peu ou pas de preuve établissant de façon certaine un lien causal. En fait, en examinant la preuve déposée dans ce pourvoi, qui consistait principalement en deux rapports gouvernementaux contradictoires, le juge Sopinka a fait observer, à la p. 501, que: «les ouvrages dans le domaine des sciences humaines peuvent toujours faire l’objet d’une controverse» et que la preuve en matière de sciences humaines était «non concluante». Néanmoins, le juge Sopinka a décidé, à la p. 502, qu’une analyse fondée sur le bon sens suffisait pour satisfaire au critère du lien rationnel:

Bien qu’il puisse être difficile, voire impossible, d’établir l’existence d’un lien direct entre l’obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu’il existe un lien causal entre le fait d’être exposé à des images et les changements d’attitude et de croyance.

Pour arriver à cette conclusion, le juge Sopinka, à la p. 502, s’est appuyé en grande partie sur une affirmation tirée du rapport de la commission Meese (Attorney General’s Commission on Pornography, *Final Report* (1986), vol. 1, à la p. 326) portant sur les effets de la pornographie:

[TRADUCTION] Bien que nous nous soyons fondés sur d’importantes données scientifiques empiriques pour en arriver à cette conclusion, nous croyons qu’il vaut la peine d’en faire ressortir la logique sous-jacente. Les données démontrent simplement qu’il existe un lien causal entre les images auxquelles les gens sont exposés et

would be to find otherwise, and we have not so found. We have not, of course, found that the images people are exposed to are a greater cause of sexual violence than all or even many other possible causes the investigation of which has been beyond our mandate. Nevertheless, it would be strange indeed if graphic representations of a form of behaviour, especially in a form that almost exclusively portrays such behavior as desirable, did not have at least some effect on patterns of behavior.

In my view, a similar type of analysis is applicable here. In his 1989 report, *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General, supra*, at p. 512, the Surgeon General of the United States conceded that there have been no “scientifically rigorous” studies that prove a causal link between advertising and promotion of tobacco products and consumption, and observed that “[g]iven the complexity of the issue, none is likely to be forthcoming in the foreseeable future” (pp. 512-13). However, he went on to make the following observation, at p. 513:

The most comprehensive review of both the direct and indirect mechanisms concluded that the collective empirical, experiential, and logical evidence makes it more likely than not that advertising and promotional activities do stimulate cigarette consumption. However, that analysis also concluded that the extent of influence of advertising and promotion on the level of consumption is unknown and possibly unknowable (Warner 1986b). This influence relative to other influences on tobacco use, such as peer pressure and role models, is uncertain. Although its effects are not wholly predictable, regulation of advertising and promotion is likely to be a prominent arena for tobacco policy debate in the 1990s. In part this reflects the high visibility of advertising and promotion; in part it reflects the perception that these activities constitute an influence on tobacco consumption that is amenable to government action. [Emphasis added.]

leur comportement. Cela n'est guère étonnant. Le contraire le serait, mais ce n'est pas là notre conclusion. Nous ne sommes pas, de toute évidence, arrivés à la conclusion que les images auxquelles sont exposés les gens contribuent davantage à la violence sexuelle que toutes les nombreuses autres causes possibles, dont l'examen dépassait le cadre de notre mandat. Néanmoins, il serait vraiment étrange que les représentations détaillées d'une forme de comportement, qui est presque toujours représenté comme désirable, n'aient pas au moins une certaine incidence sur les types de comportement.

À mon avis, un type similaire d'analyse est applicable en l'espèce. Dans son rapport de 1989, intitulé *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General, op. cit.*, à la p. 512, le Surgeon General des États-Unis a admis, qu'il n'y avait pas d'étude [TRADUCTION] «scientifiquement rigoureuse» qui établissait un lien causal entre d'une part, la publicité et la promotion des produits du tabac et d'autre part, la consommation, et il a fait observer que [TRADUCTION] «[c]ompte tenu de la complexité de la question, il y a peu de chance qu'une telle étude soit menée à brève échéance» (pp. 512 et 513). Il a toutefois fait l'observation suivante, à la p. 513:

[TRADUCTION] L'étude la plus complète quant aux mécanismes tant directs qu'indirects a conclu que l'ensemble de la preuve, empirique, expérimentale et logique, indique qu'il est plus vraisemblable, plutôt que le contraire, que la publicité et les activités de promotion stimulent la consommation de cigarettes. Toutefois, l'analyse a aussi conclu que la portée de l'influence de la publicité et de la promotion sur l'ampleur de la consommation est inconnue et peut-être inconnaissable (Warner 1986b). On ne peut mesurer avec certitude cette influence par rapport à d'autres influences sur la consommation des produits du tabac telles que la pression des pairs et les modèles de comportement. Bien que ses effets ne soient pas entièrement prévisibles, la réglementation de la publicité et de la promotion sera vraisemblablement un point chaud des discussions portant sur les politiques en matière de produits du tabac dans les années 1990. Cela reflète en partie la présence importante de la publicité et de la promotion, mais aussi, en partie, la perception que ces activités constituent une influence sur la consommation des produits du tabac, qui est du ressort du gouvernement. [Je souligne.]

Thus, following the reasoning adopted by this Court in *Butler*, the power of the common-sense connection between advertising and consumption is sufficient to satisfy the rational connection requirement.

87

However, it is not necessary to rely solely upon common sense to reach this conclusion because there was, in any event, sufficient evidence adduced at trial to bear out the rational connection between advertising and consumption. In this respect, I find it significant that Chabot J. made specific reference in his reasons to only two pieces of evidence. First, he considered at length a 1989 report of the New Zealand Toxic Substances Board entitled *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion* (1989), where the Board had reviewed the effect of advertising restrictions in 33 countries, and had concluded that there was a correlation between the degree of restrictions imposed in each of these countries and the relative decline in tobacco consumption. Chabot J. found the Report to be of no probative value on the following grounds, at p. 513:

With respect to the T.S.B. report, the court can only note that it contains serious methodological errors and a lack of scientific rigour which renders it for all intents and purposes devoid of any probative value. It is a report with an obvious point of view and its conclusions reflect that point of view. In this regard, the court agrees entirely with the analysis of the report made by RJR's counsel in his argument . . . and concludes that the T.S.B. report, as an extrinsic document, is of no probative value.

Chabot J. also rejected the evidence of Dr. Jeffrey Harris, a Crown witness, who had affirmed the accuracy of the Report's conclusions in his own report and in testimony at trial. In Chabot J.'s view, at p. 514, "the input data used by Dr. Harris were unreliable and . . . his methodology led necessarily to the desired result". As a result, Chabot J. held, at p. 514, that Dr. Harris's testimony and his report (also adduced as evidence) had "no probative value". However, apart from these two findings, Chabot J. made no other findings respecting the credibility of expert witnesses who testified at

Par conséquent, conformément au raisonnement adopté par notre Cour dans l'arrêt *Butler*, le pouvoir du lien établi par le bon sens entre publicité et consommation est suffisant pour satisfaire à l'exigence d'un lien rationnel.

Il n'est cependant pas nécessaire de s'en remettre exclusivement au bon sens pour en arriver à cette conclusion, parce que, de toute façon, une preuve suffisante a été déposée en première instance pour confirmer l'existence du lien rationnel entre la publicité et la consommation. À cet égard, je trouve pertinent de noter que le juge Chabot n'a fait référence dans ses motifs qu'à deux documents. Il a d'abord examiné à fond un rapport présenté en 1989 par le Toxic Substances Board de la Nouvelle-Zélande, intitulé *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion* (1989), dans lequel, après avoir examiné les effets de restrictions imposées à la publicité dans 33 pays, cet organisme est arrivé à la conclusion qu'il y avait corrélation entre le degré des restrictions imposées dans chaque pays et le déclin relatif de l'usage des produits du tabac. Le juge Chabot a conclu, à la p. 2309, que ce rapport n'avait pas de valeur probante pour les motifs suivants:

En ce qui a trait au *T.S.B. Report*, le Tribunal ne peut que noter que celui-ci comporte des erreurs graves de méthodologie et un manque de rigueur scientifique qui le rendent à toutes fins utiles sans valeur probante. C'est un rapport avec un point de vue manifeste et le résultat du rapport est conforme à ce point de vue. À cet égard, le Tribunal partage entièrement l'analyse de ce rapport effectuée par le procureur de R.J.R. dans son argumentation et conclut que le *T.S.B. Report*, à titre de document extrinsèque, n'a aucune valeur probante.

Le juge Chabot a aussi rejeté le témoignage de Jeffrey Harris, un témoin du procureur général, qui a déclaré dans son propre rapport et dans son témoignage au procès que les conclusions du rapport étaient exactes. Selon le juge Chabot, à la p. 2309, «les données de base utilisées par le Dr Harris sont aléatoires et [. . .] sa méthodologie conduit nécessairement au résultat recherché». Par conséquent, le juge Chabot a jugé, à la p. 2310, que le témoignage et le rapport de Harris (aussi déposé en preuve) n'avaient «aucune valeur probante». Cependant, à part ces deux conclusions, le juge

trial or the accuracy of the many reports adduced by the Attorney General. As such, it is apparent that Chabot J. disregarded a substantial amount of evidence that might otherwise have substantiated the government's belief in a rational connection. This evidence can be conveniently subdivided into three categories: internal tobacco marketing documents, expert reports, and international materials. I will review each of these in turn.

Perhaps the most compelling evidence concerning the connection between advertising and consumption can be found in the internal marketing documents prepared by the tobacco manufacturers themselves. Although the appellants steadfastly argue that their marketing efforts are directed solely at maintaining and expanding brand loyalty among adult smokers, these documents show otherwise. In particular, the following general conclusions can be drawn from these documents: the tobacco companies are concerned about a shrinking tobacco market and recognize that an "advocacy thrust" is necessary to maintain the size of the overall market; the companies understand that, in order to maintain the overall numbers of smokers, they must reassure current smokers and make their product attractive to the young and to non-smokers; they also recognize that advertising is critical to maintaining the size of the market because it serves to reinforce the social acceptability of smoking by identifying it with glamour, affluence, youthfulness and vitality.

Many of these conclusions are borne out by a simple reading of an extensive marketing research study commissioned by Imperial Tobacco Ltd. in 1986, entitled *Project Viking*. In the introduction to the study, the authors refer to the fact that increasing numbers of smokers are quitting as a "problem". They also observe that, in light of these declining numbers, the tobacco companies must direct their marketing efforts towards "expanding the market, or at very least forestalling its

Chabot n'a tiré aucune autre conclusion sur la crédibilité des témoins experts au procès, ou sur l'exactitude des nombreux rapports déposés en preuve par le procureur général. Il apparaît donc que le juge Chabot a écarté une grande partie de la preuve qui aurait pu autrement appuyer l'opinion du gouvernement quant à l'existence d'un lien rationnel. Cette preuve peut commodément se diviser en trois catégories: les documents internes de commercialisation des produits du tabac, les rapports d'experts et les documents internationaux. J'examinerai à tour de rôle chaque catégorie.

L'élément de preuve peut-être le plus convaincant au sujet du lien entre la publicité et la consommation se trouve dans les documents internes de commercialisation préparés par les fabricants de produits de tabac eux-mêmes. Bien que les appelantes affirment résolument que leurs efforts de commercialisation sont orientés seulement vers la préservation et le renforcement de la fidélité des fumeurs adultes à des marques, ces documents témoignent du contraire. En particulier, on peut tirer de ces documents les conclusions générales suivantes: les compagnies de tabac s'inquiètent du rétrécissement du marché et reconnaissent qu'une [TRADUCTION] «initiative de promotion» est nécessaire pour maintenir la taille de l'ensemble du marché; les compagnies comprennent que, pour maintenir le nombre total des fumeurs, elles doivent rassurer les fumeurs actuels et rendre leurs produits attirants pour les jeunes et les non-fumeurs; elles reconnaissent aussi que la publicité est essentielle au maintien de la taille du marché parce qu'elle sert à renforcer l'acceptabilité sociale de l'usage du tabac en l'identifiant au prestige, à la richesse, à la jeunesse et à la vitalité.

Nombre de ces conclusions découlent de la seule lecture d'une importante étude de commercialisation commandée par Imperial Tobacco Ltd. en 1986 et intitulée *Project Viking*. En introduction, les auteurs de l'étude décrivent comme étant un «problème» le fait qu'un nombre croissant de fumeurs cessent de fumer. Ils font aussi observer que, compte tenu de la décroissance du nombre des fumeurs, les compagnies de tabac doivent consacrer leurs activités de commercialisation à [TRA-

decline". They then indicate the objectives of *Project Viking*, vol. I: *A Behavioural Model of Smoking*, which they describe as follows:

Background and Objectives

It is no exaggeration to suggest that the tobacco industry is under siege. The smoker base is declining, primarily as a function of successful quitting. And the characteristics of new smokers are changing such that the future starting level may be in question. There is a constant stream of anti-smoking publicity in the media. Not all of this is soundly supported, but it gains legitimacy in the fact that there have been no responses from the tobacco industry in counterpoint.

Within this somewhat alarming view of the mid-term future, Imperial Tobacco is embarking on a proactive program. Perhaps for the first time, the mandate under consideration is not limited simply to maximizing the ITL franchises; it is now to include as well serious attempts to combat those forces aligned in an attempt to significantly diminish the size of the tobacco market in Canada.

This is the underpinning of Project Viking. There are, in fact, two components to the program, each having its own purposes, but also overlapping with the other in informational areas:

- Project Pearl is directed at expanding the market, or at very least forestalling its decline. It examines attitudes and issues with the potential to be addressed via advocacy. It also looks at the needs of smokers specifically.
- Project Day represents the tactical end by which ITL may achieve competitive gains within the market of today and in the future. Unmet needs of smokers that could be satisfied by new or modified products, products which could delay the quitting process, are pursued. [Emphasis added.]

As LeBel J.A. noted in the Court of Appeal, at p. 324, this document "indicates the objectives of the program: if not to expand the market, then at least to retain it, and also to preserve the company's market share". In *Project Viking*, vol. III: *Product Issues*, the need for an "advocacy thrust" is emphasized:

DUCTION] «faire croître la taille du marché ou, tout au moins, à prévenir son déclin». Ils indiquent ensuite quels sont les objectifs du *Project Viking*, vol. I: *A Behavioural Model of Smoking*, dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Historique et objectifs

Ce n'est pas exagérer que d'affirmer que l'industrie du tabac est assiégée. Le nombre des fumeurs diminue, principalement en raison de ceux qui réussissent à cesser de fumer. Et les caractéristiques des nouveaux fumeurs changent de telle façon que le futur seuil de ceux qui commencent pourrait être remis en question. Il existe un courant continu de publicité anti-tabac dans les médias. Cette publicité n'est pas en tout point bien étayée, mais elle gagne en légitimité du fait que l'industrie du tabac n'y a donné aucune réponse en contrepartie.

Compte tenu de cette perspective plutôt alarmante à moyen terme, Imperial Tobacco lance un programme proactif. Peut-être pour la première fois, le mandat pris en considération n'est pas limité simplement à la maximisation des franchises d'ITL; il doit maintenant inclure aussi des tentatives sérieuses de contrer les forces mises en place dans le but de faire sensiblement diminuer la taille du marché des produits du tabac au Canada.

C'est là le principe du projet Viking. Le programme comporte en fait deux volets, chacun ayant ses propres objectifs, mais se combinant toutefois dans le domaine de l'information:

- Le projet Pearl vise à faire croître la taille du marché ou, tout au moins, à prévenir son déclin. Il examine les attitudes et les questions qui ont le potentiel de faire l'objet d'activités de promotion. Il examine aussi les besoins spécifiques des fumeurs.
- Le projet Day constitue le moyen tactique par lequel ITL pourrait augmenter sa part du marché actuel et futur. On envisage des produits nouveaux ou modifiés qui pourraient satisfaire les besoins des fumeurs auxquels on n'a pas encore répondu, et des produits qui pourraient retarder le moment où un fumeur cesse de fumer. [Je souligne.]

Comme le juge LeBel de la Cour d'appel l'a fait remarquer, à la p. 399, ce document «indique les objectifs du programme: sinon étendre le marché, du moins le conserver, et préserver aussi la part de celui-ci que détient la compagnie». Dans *Project Viking*, vol. III: *Product Issues*, on insiste sur la nécessité d'entreprendre une «initiative de promotion»:

Unsuccessful Quitters are moved disproportionately by physical reactions and social forces to stop smoking (but health remains the most often specified reason). Short-term Quitters very often point to expense, which often will be a transient reason itself, not compelling enough to keep them out of the tobacco market. Health is also of major concern to them.

Strategically, it would seem that reducing quitting is the most viable approach. But it would also seem that a product solution may not be sufficient on its own. An advocacy thrust may be necessary; disaffected smokers do need some reassurance that they are not social pariahs. [Emphasis added.]

The report then goes on to refer to persons contemplating quitting, and states that “[t]he extent to which they can be reassured and satisfied has a major impact on the extension of a viable tobacco industry”. Smokers are segmented into five groups (*Project Viking*, vol. II: *An Attitudinal Model of Smoking*, at pp. 31-35): “Smokers With a Disease Concern”, “Leave Me Alone”, “Pressured”, “Seriously Like to Quit”, “Not Enjoying Smoking/Smoking Less Now”. With respect to the “Pressured” group, the report states, at p. 33, that they “deserve particular attention” as they are “most vulnerable to quitting and . . . in urgent need of reassurance and stroking”.

It is, therefore, clear from this report that a central aspect of the “advocacy thrust” suggested in *Project Viking* is advertising. It is difficult to see how companies could “reassure” smokers that they are not “social pariahs” or “stroke” them merely by reducing the price or content of their products. To reassure smokers effectively, it is also necessary to convince them that smoking is socially acceptable or even admirable. Advertising is a proven and effective method for achieving this result.

Apart from the emphasis on “reassuring” smokers, it is also possible to discern from these marketing documents a recognition that tobacco compa-

[TRADUCTION] Les fumeurs qui ont tenté sans succès d’arrêter de fumer sont motivés de façon disproportionnée par des réactions physiques et des influences sociales qui les incitent à cesser de fumer (mais la santé demeure la raison la plus souvent invoquée). Ceux qui ont cessé de fumer depuis peu invoquent souvent le coût, ce qui est souvent une raison transitoire qui n’a pas assez de poids pour les exclure définitivement du marché du tabac. La santé les préoccupe aussi beaucoup.

Sur le plan stratégique, il semble que réduire le nombre des fumeurs qui cessent de fumer est la méthode la plus prometteuse. Mais il semble aussi qu’une solution portant sur les produits ne serait pas suffisante en soi. Une initiative de promotion peut être nécessaire; les fumeurs rebelles ont besoin de se faire rappeler qu’ils ne sont pas des parias. [Je souligne.]

Le rapport traite ensuite des personnes qui envisagent de cesser de fumer, et il y est affirmé que [TRADUCTION] «[l]e plus ils seront rassurés et satisfaits, meilleur sera l’incidence sur la viabilité de l’industrie du tabac». Les fumeurs sont répartis en cinq groupes (*Project Viking*, vol. II: *An Attitudinal Model of Smoking*, aux pp. 31 à 35): [TRADUCTION] «Fumeurs inquiets pour leur santé», «Laissez-moi tranquille», «Sujets à des pressions», «Aimeraient sérieusement cesser de fumer», «Aucun plaisir à fumer/Consommation réduite». En ce qui concerne le groupe «Sujets à des pressions», il est affirmé, à la p. 33, qu’ils [TRADUCTION] «méritent une attention particulière» parce qu’ils sont «les plus susceptibles de cesser de fumer et ont un urgent besoin d’être rassurés et encouragés».

Il ressort par conséquent clairement de ce rapport que la publicité est un aspect central de l’«initiative de promotion» proposée dans *Project Viking*. Il est difficile de voir comment les compagnies pourraient «rassurer» les fumeurs qu’ils ne sont pas des «parias», ou les «encourager», simplement par la réduction du prix ou du contenu de leurs produits. Pour rassurer les fumeurs de façon efficace, il est aussi nécessaire de les convaincre que fumer est acceptable sur le plan social, ou même admirable. La publicité a fait la preuve de son efficacité en ce domaine.

À part l’insistance quant à la nécessité de «rassurer» les fumeurs, il est possible également de dégager de ces documents de commercialisation la

nies must target the young in order to ensure the continued maintenance of the tobacco market at its current size. I find it significant that, in these documents, strategies to attract the young are usually accompanied by extensive discussions concerning the “image” of the product. For example, the 1978 “Business Plans of RJR-MacDonald Inc. and International Plans” identified as “Prime Prospects” new smokers entering the cigarette market who want the positive, masculine image of this product. Later, in a 1987 RJR-MacDonald Inc. document entitled “Export ”A“ Brand Long-Term Strategy”, reference is made under the title “Whose Behaviour Are We Trying to Affect?” to “18-34; Emphasis 18-24 (new users)” and to “High school — some post secondary education”. It continues:

Psychographics:

Young adults who are currently in the process of establishing their independence and their position in society. They look for peer group acceptance in their brand selection, and may often be moderate or conservative in their choices. As young adults they look for symbols that will help to reinforce their independence and individuality.

Mr. P. Hoult, ex-CEO of Imperial, testified at trial that lifestyle advertising is designed to create certain associations in the minds of consumers, and in the case of EXPORT cigarettes, an association with enjoyment, outdoors and youth. Similarly, in “Overview 1988”, an internal document prepared by Imperial, it was stated that one of the philosophies governing its marketing activities was to

[s]upport the continued social acceptability of smoking through industry and/or corporate action (e.g. product quality, positive lifestyle advertising, selective field activities and marketing public relations programs).

reconnaissance que les compagnies de tabac doivent cibler les jeunes si elles souhaitent garder le marché des produits du tabac à sa taille actuelle. Je trouve révélateur que, dans ces documents, les stratégies visant à attirer les jeunes sont habituellement accompagnées par de longues discussions sur l’«image» du produit. Par exemple, le document «Business Plans of RJR-MacDonald Inc. and International Plans», publié en 1978, a qualifié d’[TRADUCTION] «espoirs de premier plan» les nouveaux fumeurs abordant le marché de la cigarette qui sont à la recherche de l’image positive et masculine que reflète ce produit. Puis, en 1987, dans un document de RJR-MacDonald Inc. intitulé «Export «A» Brand Long-Term Strategy», il est question, sous le titre [TRADUCTION] «Quel comportement cherchons-nous à modifier?», des [TRADUCTION] «18 à 34 ans: particulièrement 18 à 24 ans (nouveaux consommateurs)» et d’[TRADUCTION] «études secondaires — certaines études postsecondaires». Le rapport se poursuit de la façon suivante:

[TRADUCTION] Psychographie:

Les jeunes adultes qui sont actuellement en voie d’établir leur indépendance et leur place dans la société. Ils recherchent l’acceptation de leurs pairs lorsqu’ils choisissent leur marque, et ils peuvent souvent se montrer modérés ou conservateurs dans leur choix. Comme jeunes adultes, ils sont à la recherche de symboles qui les aideront à affirmer leur indépendance et leur individualité.

Monsieur P. Hoult, ancien directeur général d’Imperial, a affirmé au procès que la publicité dite de style de vie cherche à faire établir des associations dans l’esprit des consommateurs et, dans le cas des cigarettes EXPORT, une association avec plaisir, activités extérieures et jeunesse. Il a aussi été affirmé dans «Overview 1988», un document interne préparé par Imperial, que l’un des principes régissant les activités de publicité était le suivant:

[TRADUCTION] Affirmer qu’il est toujours acceptable socialement de fumer, par des mesures de l’industrie ou des compagnies (p. ex. qualité des produits, publicité positive dite de style de vie, certaines activités de terrain et programmes de relations publiques axés sur la commercialisation).

One of the other stated objectives, "Overall Marketing Objectives" in "Overall Market Conditions 1988", was as follows:

RE-ESTABLISH clear distinct images for ITL brands with particular emphasis on relevance to younger smokers. Shift resources substantially in favour of avenues that allow for the expression and reinforcement of these image characteristics. [Emphasis in original.]

That these companies are aware of the need to attract the young is also reinforced by the fact that, in 1977, Imperial commissioned a marketing research study entitled "Project 16" which focused on the smoking patterns of adolescents under the age of 17, and traced the manner in which adolescents are influenced by peer pressure and other societal factors to start smoking. A similar focus can be discerned from Imperial's "Fiscal '80 Media Plans" which outlines the target groups in 1980 for each of the company's brands. A weight was assigned to each target group to determine, by means of a computer, which magazines would be selected to place advertisements. This method maximized the advertising exposure for the desired target groups. Importantly, for some brands, not only do target groups include adolescents as young as 12, but youth aged 12-17 are weighted far more heavily than older age groups.

The internal marketing documents introduced at trial strongly suggest that the tobacco companies perceive advertising to be a cornerstone of their strategy to reassure current smokers and expand the market by attracting new smokers, primarily among the young. This conclusion is given added force by a number of reports introduced at trial, to which Chabot J. made no reference, which attest to the causal connection between tobacco advertising and consumption. In a report entitled "The Functions and Management of Cigarette Advertising", Dr. Richard W. Pollay, an historian and marketing professor at the University of British Columbia, concluded that advertising and promotional activi-

Un des autres objectifs mentionnés «Overall Marketing Objectives» dans «Overall Market Conditions 1988» était le suivant:

[TRADUCTION] RÉTABLIR des images claires et distinctes des marques d'ITL et montrer tout particulièrement leur à-propos pour les jeunes. Réaffecter les ressources en bonne partie vers les avenues qui favorisent l'expression et le renforcement des caractéristiques de ces images. [Souligné dans l'original.]

Il est encore plus évident que ces compagnies sont conscientes de la nécessité d'attirer les jeunes si l'on considère le fait que, en 1977, Imperial a commandé une étude de commercialisation intitulée «Project 16», qui était centrée sur les habitudes d'utilisation du tabac des adolescents âgés de moins de 17 ans, et qui montrait de quelle façon les adolescents sont incités par la pression des pairs et d'autres facteurs sociaux à commencer à fumer. Les mêmes constatations peuvent être faites à partir du document d'Imperial intitulé «Fiscal '80 Media Plans», qui décrit les groupes cibles de chaque marque de la compagnie pour 1980. Une pondération a été effectuée tenant compte de chaque groupe cible afin de déterminer, au moyen d'un ordinateur, dans quels magazines les messages publicitaires seraient placés. Cette méthode maximisait la présence du message en fonction du groupe cible désiré. Fait important, pour certaines marques, non seulement les groupes cibles comprennent les adolescents qui n'ont que 12 ans, mais, dans la pondération, les jeunes de 12 à 17 ans ont une importance beaucoup plus grande que les groupes de personnes plus âgées.

Les documents de commercialisation internes déposés lors du procès donnent fortement à entendre que les compagnies de tabac perçoivent la publicité comme la pierre angulaire de leur stratégie visant à rassurer les fumeurs actuels et à étendre le marché en attirant de nouveaux fumeurs, principalement chez les jeunes. Cette conclusion a encore plus de poids si l'on considère les nombreux rapports déposés lors du procès, auxquels le juge Chabot n'a fait aucune référence et qui attestent un lien causal entre la publicité des produits du tabac et leur consommation. Dans un rapport intitulé «The Functions and Management of Cigarette Advertising», Richard W. Pollay, historien et

ties serve to change people's perceptions, creating more positive attitudes and serve as a reinforcement for smokers and a temptation and teacher of tolerance for non-smokers. He stated:

The research and strategic thinking identifies the psychological needs, wants and interests of target, and leads to the creation of a strategic "positioning" of the products to offer them in ways that promise satisfactions relevant to the targets' personalities and preferences. For starter brands, images are created to communicate independence, freedom and peer acceptance to young targets. The advertising images portray smokers as attractive and autonomous, accepted and admired, athletic and at home in nature. For 'lighter' brands directed at smokers with health concerns, ads image a sense of well being, harmony with nature, and a consumer's self image as intelligent.

Advertising and promotional activities and communication serve to induce many changes in the public's perceptions, creating: more positive attitudes toward smoking and smokers; less consciousness and fear of any unhealthy consequences of smoking; a stronger self-image among smokers; more confidence of some social support for smoking; and perceptions that smoking is a cultural commonplace to be taken for granted. To smokers it is a reminder and reinforcer, while to non-smokers it is a temptation and a teacher of tolerance. [Emphasis added.]

Similarly, in a report entitled "Effects of Cigarette Advertising on Consumer Behavior", Dr. Joel B. Cohen, a professor of marketing at the University of Florida, observed, at p. 44, that tobacco advertising targets both non-smokers and the young, who are particularly vulnerable to advertising techniques:

There is ample documentation as to the effectiveness of cigarette advertising. Cigarette advertising achieves essential communications goals that are almost univer-

professeur de commercialisation à l'Université de la Colombie-Britannique, a conclu que la publicité et les activités de promotion servent à changer les perceptions des gens, à créer des attitudes plus positives, et qu'elles servent de renforcement chez les fumeurs, et de tentation et de leçon de tolérance pour les non-fumeurs. Il a affirmé:

[TRADUCTION] La recherche et la pensée stratégique identifient les besoins psychologiques, les désirs et les intérêts de la cible, et mènent à la création d'un «positionnement» stratégique des produits pour qu'ils soient offerts de façon à promettre les satisfactions auxquelles les cibles s'attendent en raison de leurs personnalités et de leurs préférences. Pour les marques de débutants, des images sont créées pour induire chez les jeunes cibles l'idée d'indépendance, de liberté et d'acceptation des pairs. La publicité représente les fumeurs comme étant à la fois attirants et autonomes, acceptés et admirés, athlétiques et sûrs d'eux-mêmes dans la nature. Pour les marques plus «légères» destinées aux fumeurs qui sont préoccupés par leur santé, la publicité donne l'image d'une sensation de bien-être, d'une harmonie avec la nature et d'un consommateur avisé.

La publicité, les activités de promotion et les communications servent à provoquer de nombreux changements dans les perceptions du public, à savoir: créer des attitudes plus positives envers l'usage du tabac et les fumeurs; diminuer les interrogations et les craintes quant aux conséquences de l'usage du tabac pour la santé; renforcer l'image de soi parmi les fumeurs; augmenter le sentiment de l'acceptabilité sociale de l'usage du tabac; créer l'impression que fumer est un lieu commun culturel qui doit être tenu pour acquis. Pour les fumeurs, c'est un rappel et un renforcement, alors que pour les non-fumeurs, c'est une tentation et une leçon de tolérance. [Je souligne.]

De façon similaire, dans un rapport intitulé «Effects of Cigarette Advertising on Consumer Behavior», Joel B. Cohen, professeur de commercialisation à l'Université de la Floride, fait observer, à la p. 44, que la publicité des produits du tabac cible à la fois les non-fumeurs et les jeunes, qui sont particulièrement vulnérables face aux techniques de la publicité:

[TRADUCTION] Il existe une vaste documentation sur l'efficacité de la publicité de la cigarette. Cette publicité atteint des buts de communications essentiels sur les-

sally agreed to increase the likelihood of purchase, and it does so for deliberately targeted groups including adolescent males and females and health concerned smokers. Both of these groups are particularly vulnerable to the types of appeals used.

Cigarette advertising cannot be created so that it is only effective for brand switching. The ads are developed (and researched) to insure that they are maximally effective against targeted segments. Nonsmokers in those segments (e.g., young males) have similar motivations and concerns, and there is no way to lower a "magic curtain" around them in order to shield them from the enticement of such advertising. ["Only" emphasized in original; other emphasis added.]

In yet another report, entitled "A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents", *supra*, at pp. 17-18, Dr. Michael J. Chandler, a psychologist, concluded that the cognitive and socio-emotional immaturities of both children and adolescents makes them vulnerable to the influence of cigarette advertising because they lack the ability to evaluate the messages being presented:

... it is an essential truism that tobacco companies cannot maintain their current levels of profit unless they can successfully entice new generations to smoke cigarettes. Whether by accident or design, existing cigarette advertising practices appear strategically tailored to accomplish this questionable initiation process.

It is too early, of course, to calculate the real effects of eliminating the public advertising and promotion of tobacco products. Such a ban can be expected, however, to reduce the numbers of young persons who eventually do choose to smoke.

The views expressed in these reports are not, of course, definitive or conclusive. Indeed, there is currently a lively debate in the social sciences respecting the connection between advertising and consumption, a debate that has been carried on for years and will no doubt persist well into the near future. However, these reports attest, at the very least, to the existence of what LeBel J.A. called a "body of opinion" supporting the existence of a

quels on s'entend presque universellement pour dire qu'ils accroissent la probabilité d'achat; et elle le fait à l'endroit de groupes délibérément ciblés, entre autres celui des adolescents, garçons et filles, et celui des fumeurs préoccupés par leur santé. Ces deux groupes sont particulièrement sensibles aux types d'attraits utilisés.

La publicité de la cigarette ne peut pas être créée de manière à avoir une efficacité seulement sur les changements de marques. Les messages publicitaires sont créés — à la suite de recherches — dans le but d'avoir un effet maximal sur une couche de population ciblée. Les non-fumeurs de ces couches (p. ex. les jeunes hommes) ont des goûts et des préoccupations similaires, et il n'y a pas de façon de tirer autour d'eux un «écran magique» de manière à les protéger de la tentation provoquée par cette publicité. [«Seulement» souligné dans l'original; je souligne le reste.]

Dans encore un autre rapport, intitulé «A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents», *op. cit.*, aux pp. 17 et 18, Michael J. Chandler, psychologue, a conclu que l'immaturité des enfants et des adolescents sur les plans cognitif et socio-affectif les rend vulnérables à l'influence de la publicité de la cigarette parce qu'ils ne sont pas capables d'évaluer les messages qui leur sont présentés:

[TRADUCTION] ... il relève d'un truisme essentiel que les compagnies de tabac ne peuvent pas maintenir les bénéfices actuels à moins qu'elles puissent réussir à attirer les jeunes à fumer la cigarette. Que ce soit par accident ou à dessein, les pratiques actuelles de la publicité de la cigarette paraissent opportunément conçues pour accomplir ce discutabile processus d'initiation.

Il est trop tôt, évidemment, pour faire le bilan des effets réels de l'élimination de la publicité et de la promotion des produits du tabac auprès du public. Cette interdiction devrait cependant réduire le nombre de jeunes qui, tôt ou tard, choisissent de fumer.

Les opinions exprimées dans ces rapports ne sont évidemment pas définitives ni concluantes. En fait, il y a actuellement un débat animé en sciences humaines quant au lien entre publicité et consommation, un débat qui se poursuit depuis des années et qui, sans doute, se poursuivra encore un certain temps. Toutefois, ces rapports attestent à tout le moins la présence de ce que le juge LeBel, de la Cour d'appel, a appelé un «corps d'opinions»

causal connection between advertising and consumption. Included in this "body of opinion" are a significant number of international health organizations, which support prohibitions on advertising as a viable strategy in the battle against tobacco consumption. In May 1986, for example, the Thirty-ninth World Health Assembly adopted Resolution WHA39.14, urging member states to fight tobacco consumption through a variety of measures including "the progressive elimination of those socio-economic, behavioural, and other incentives which maintain and promote the use of tobacco" and "prominent health warnings which might include the statement that tobacco is addictive, on cigarette packets and containers of all types of tobacco products". In May 1990, the Forty-third World Health Assembly adopted Resolution WHA43.16 urging "progressive restrictions and concerted action to eliminate eventually all direct and indirect advertising, promotion and sponsorship concerning tobacco" and stating that it was "encouraged" by "recent information demonstrating the effectiveness of tobacco control strategies, and in particular . . . comprehensive bans and other legislative restrictive measures to control effectively direct and indirect advertising, promotion and sponsorship concerning tobacco". In July 1993, the Economic and Social Council of the United Nations adopted Resolution 1993/79 expressly urging governments to maximize their efforts to reduce tobacco consumption through the adoption of multifaceted approaches. In 1989, the European Council adopted Directive 89/552/EEC banning broadcast advertising of tobacco products. One month later, the Council adopted Directive 89/622/EEC (amended 92/41/EEC) requiring health warnings on tobacco products packaging. From 1990 to 1992, the European Commission submitted proposals for Council Directives which would ban all direct and indirect advertising of tobacco products (90/C 116/05; 91/C 167/03; 92/C 129/04). It is also significant that by 1990, over 40 countries had adopted measures to restrict or prohibit tobacco advertising. Tobacco advertising is fully prohibited by law in Australia, New Zealand, France, Portugal, Norway, Finland, Iceland, Singapore and Thailand, among other countries. Among those countries that have instituted substantial

appuyant l'existence d'un lien causal entre publicité et consommation. Ce «corps d'opinions» comprend celles de nombreux organismes internationaux de la santé qui appuient l'interdiction de la publicité comme stratégie viable dans la lutte engagée contre l'usage du tabac. En mai 1986, par exemple, la Trente-neuvième Assemblée mondiale de la santé a adopté la résolution WHA39.14, par laquelle elle demandait instamment aux États membres de lutter contre l'usage des produits du tabac en utilisant diverses mesures, dont l'«élimination progressive des incitations socio-économiques, comportementales et autres qui entretiennent et favorisent l'usage du tabac» et «l'apposition, bien en évidence, de mises en garde pouvant préciser que le tabac engendre la dépendance, sur les paquets de cigarettes et les emballages de tous les types de produits du tabac». En mai 1990, la Quarante-troisième Assemblée mondiale de la santé a adopté la résolution WHA43.16, par laquelle elle demandait instamment d'imposer «des restrictions progressives et des actions concertées visant à éliminer à terme toute publicité directe et indirecte et toutes les activités de promotion et de parrainage concernant le tabac» et affirmait qu'elle était «encouragée» par «les informations récentes montrant l'efficacité des stratégies de lutte antitabac, et en particulier [. . .] des interdictions générales et d'autres mesures législatives restrictives visant à lutter efficacement contre la publicité directe et indirecte, ainsi que contre les activités de promotion et de parrainage concernant le tabac». En juillet 1993, le Conseil économique et social des Nations Unies a adopté la résolution 1993/79, par laquelle il demandait instamment aux gouvernements de maximiser leurs efforts afin de réduire la consommation du tabac par l'adoption de mesures à plusieurs facettes. En 1989, le Conseil européen a adopté la directive 89/552/CEE, par laquelle il interdisait la diffusion de messages publicitaires sur les produits du tabac. Un mois plus tard, le Conseil a adopté la directive 89/622/CEE (modifiée par 92/41/CEE), par laquelle il exigeait l'inscription de mises en garde sur l'emballage des produits du tabac. De 1990 à 1992, la Commission européenne a présenté au Conseil des projets de directives qui avaient pour but d'interdire toute publicité directe et indirecte

restrictions on tobacco advertising are Austria, Belgium, West Germany, Ireland, the Netherlands, Spain and Sweden.

On the basis of the foregoing evidence, I conclude that there is a rational connection between the prohibition on advertising and consumption under ss. 4, 5, 6 and 8 of the Act and the reduction of tobacco consumption. I am comforted in this conclusion by the fact that a number of American courts have also recognized the existence of a rational connection between advertising and consumption. I note that in *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980), at p. 569, the Supreme Court of the United States found an "immediate connection between advertising and demand for electricity" and therefore a direct link between the ban on advertising and the state interest in conservation. The court continued:

Central Hudson would not contest the advertising ban unless it believed that promotion would increase its sales. Thus, we find a direct link between the state interest in conservation and the Commission's order.

Similarly, in *Oklahoma Telecasters Ass'n v. Crisp*, 699 F.2d 490 (1983), at p. 501, (rev'd on other grounds *sub nom. Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp*, 467 U.S. 691 (1984)), the Court of Appeals for the Tenth Circuit observed that "the record does not demonstrate that Oklahoma's laws have any direct effect on the consumption of alcohol" but concluded:

des produits du tabac (90/C 116/05; 91/C 167/03; 92/C 129/04). Il est également intéressant de constater qu'en 1990, plus de 40 pays avaient adopté des mesures visant à restreindre ou à interdire la publicité du tabac. Les lois de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, de la France, du Portugal, de la Norvège, de la Finlande, de l'Islande, de Singapour et de la Thaïlande, entre autres, interdisent toute publicité des produits du tabac. L'Autriche, la Belgique, l'Allemagne de l'Ouest, l'Irlande, les Pays-Bas, l'Espagne et la Suède, entre autres, ont imposé d'importantes restrictions à la publicité du tabac.

Compte tenu de la preuve mentionnée précédemment, je conclus qu'il existe un lien rationnel entre l'interdiction de la publicité en vertu des art. 4, 5, 6 et 8 de la Loi et la réduction de la consommation du tabac. Je suis d'autant plus convaincu de la justesse de cette conclusion que de nombreuses décisions judiciaires américaines ont aussi constaté l'existence d'un lien rationnel entre la publicité et la consommation. Je remarque que dans l'arrêt *Central Hudson Gas & Electric Corp. c. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980), à la p. 569, la Cour suprême des États-Unis a conclu à l'existence d'un [TRADUCTION] «lien direct entre la publicité et la demande d'électricité» et, par conséquent, d'un lien direct entre l'interdiction de la publicité et l'intérêt de l'État pour la conservation. La cour a affirmé:

[TRADUCTION] Central Hudson ne contesterait pas l'interdiction de la publicité si elle ne croyait pas que la promotion fait augmenter ses ventes. Par conséquent, nous trouvons qu'il y a un lien direct entre l'intérêt de l'État pour la conservation et l'ordonnance de la Commission.

De même, dans l'arrêt *Oklahoma Telecasters Ass'n c. Crisp*, 699 F.2d 490 (1983), à la p. 501 (infirmé pour d'autres motifs *sub nom. Capital Cities Cable, Inc. c. Crisp*, 467 U.S. 691 (1984)), la Court of Appeals for the Tenth Circuit a fait observer que [TRADUCTION] «le dossier ne démontre pas que les lois de l'Oklahoma ont un effet direct sur la consommation de boissons alcoolisées», mais a conclu:

... prohibitions against the advertising of alcoholic beverages are reasonably related to reducing the sale and consumption of those beverages and their attendant problems. The entire economy of the industries that bring these challenges is based on the belief that advertising increases sales. We therefore do not believe that it is constitutionally unreasonable for the State of Oklahoma to believe that advertising will not only increase sales of particular brands of alcoholic beverages but also of alcoholic beverages generally. The choice of the Oklahoma legislature, and its people with respect to the constitutional provision, is not unreasonable, and does directly advance Oklahoma's interest in reducing the sale, consumption, and abuse of alcoholic beverages.

This "common-sense" approach to causation was also applied in *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981) (finding that a ban on highway billboards was reasonably related to highway safety despite a lack of evidence in the record demonstrating this connection); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986) (finding that a ban on casino advertising was rationally connected to the government objective to reduce demand for gambling despite a lack of evidence on the record); and *Dunagin, supra*, (finding that a ban on alcohol advertising directly advanced the legislative goal of reducing alcohol consumption despite a lack of evidence).

Minimal Impairment

95

The next step in the proportionality analysis is to determine whether the legislative means chosen impair the right or freedom in question as little as possible. The appellants submit that Parliament has unjustifiably imposed a complete prohibition on tobacco advertising and promotion when it could have imposed a partial prohibition with equal effectiveness. They suggest that Parliament could have instituted a partial prohibition by forbidding "lifestyle" advertising (which seeks to promote an

[TRADUCTION] ... les interdictions imposées contre la publicité des boissons alcoolisées sont raisonnablement liées à la réduction des ventes et de la consommation de ces boissons, et des problèmes qu'elles entraînent. Toute l'économie des industries qui contestent ces interdictions est fondée sur l'idée que la publicité accroît les ventes. Nous ne croyons donc pas qu'il soit déraisonnable sur le plan constitutionnel pour l'État de l'Oklahoma de penser que la publicité permettra de faire augmenter non seulement les ventes de certaines marques de boissons alcoolisées, mais aussi celles des boissons alcoolisées en général. Le choix de la législature de l'Oklahoma et des citoyens de cet État en ce qui concerne la disposition constitutionnelle n'est pas déraisonnable, et favorise directement l'intérêt de l'Oklahoma dans la réduction des ventes, de la consommation et des abus de boissons alcoolisées.

Cette façon d'aborder la question de la causalité en se fondant sur «le bon sens» a aussi été adoptée dans *Metromedia, Inc. c. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981) (où on a conclu qu'une interdiction de placer des panneaux d'affichage près des autoroutes était raisonnablement liée à la sécurité routière même si le dossier ne contenait pas de preuve démontrant ce lien); dans *Posadas de Puerto Rico Associates c. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986) (où on a conclu qu'une interdiction de faire la publicité de casinos avait un lien rationnel avec l'objectif du gouvernement de réduire la demande pour les jeux de hasard, malgré le manque de preuve au dossier), et dans *Dunagin*, précité (où on a conclu qu'une interdiction de la publicité des boissons alcoolisées appuyait directement l'objectif de la législature de réduire la consommation des boissons alcoolisées et ce, malgré un manque de preuve).

L'atteinte minimale

La prochaine étape de l'analyse de la proportionnalité consiste à déterminer si les moyens choisis par le législateur portent le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Les appelantes soutiennent que le Parlement a imposé de façon injustifiée une interdiction complète de la publicité et de la promotion des produits du tabac, alors qu'une interdiction partielle se serait avérée tout aussi efficace. Elles disent que le Parlement aurait pu imposer une interdiction partielle en pro-

image by associating the consumption of the product with a particular lifestyle) or advertising directed at children, without at the same time prohibiting “brand preference” advertising (which seeks to promote one brand over another based on the colour and design of the package) or “informational” advertising (which seeks to inform the consumer about product content, taste and strength and the availability of different or new brands). According to the appellants, there is no need to prohibit brand preference or informational advertising because both are targeted solely at smokers, and serve a beneficial function by promoting consumer choice.

In my view, the appellants’ argument fails for the same reasons that I have discussed throughout my s. 1 analysis. The relevance of context cannot be understated in s. 1 balancing, particularly at the minimal impairment stage. This Court has on many occasions stated that the degree of required fit between means and ends will vary depending upon both the nature of the right and the nature of the legislation. As Dickson C.J. stated in the *Prostitution Reference*, *supra*, at p. 1136:

When a *Charter* freedom has been infringed by state action that takes the form of criminalization, the Crown bears the heavy burden of justifying that infringement. Yet, the expressive activity, as with any infringed *Charter* right, should also be analyzed in the particular context of the case.

Thus, the minimal impairment requirement does not impose an obligation on the government to employ the least intrusive measures available. Rather, it only requires it to demonstrate that the measures employed were the least intrusive, in light of both the legislative objective and the infringed right. As Sopinka J. noted in *Butler*, *supra*, at pp. 504-5:

hibant la publicité dite de «style de vie» (qui cherche à faire la promotion d’une image par l’association de la consommation du produit avec un style de vie particulier), ou la publicité destinée aux enfants, sans pour autant interdire la publicité de «marque» (qui cherche à faire préférer une marque à une autre à partir de la couleur et de la conception de l’emballage) ou la publicité «informative» (qui cherche à informer le consommateur au sujet du contenu, du goût et de la force du produit, de même que de la disponibilité de différentes ou de nouvelles marques). Selon les appelantes, il n’y a aucune raison d’interdire la publicité de marque ou la publicité informative, parce qu’elles s’adressent toutes deux aux seuls fumeurs et qu’elles ont une fonction bénéfique, celle de promouvoir le choix du consommateur.

À mon avis, l’argument des appelantes ne peut être retenu et ce, pour les mêmes motifs que j’ai exprimés tout au long de mon analyse fondée sur l’article premier. On ne saurait sous-estimer la pertinence du contexte dans une pondération en vertu de l’article premier, particulièrement à l’étape du critère de l’atteinte minimale. Notre Cour a maintes fois déclaré que le degré de proportionnalité entre les moyens et les fins varie en fonction tant de la nature du droit en question que de la nature de la loi. Comme le juge en chef Dickson l’a affirmé dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité, aux pp. 1135 et 1136:

Lorsqu’une liberté garantie par la *Charte* a été violée par une mesure prise par l’État, en l’occurrence la criminalisation, le ministère public doit s’acquitter du lourd fardeau de justifier cette violation. Néanmoins, comme dans le cas de toute violation d’un droit reconnu par la *Charte*, l’activité d’expression devrait également être analysée dans le contexte particulier de l’affaire.

Par conséquent, l’exigence de l’atteinte minimale n’impose pas l’obligation au gouvernement d’avoir recours aux mesures disponibles les moins attentatoires. Cette exigence l’oblige seulement à démontrer que les mesures prises sont les moins attentatoires compte tenu tant de l’objectif législatif que du droit violé. Comme le juge Sopinka l’a constaté dans *Butler*, précité, aux pp. 504 et 505:

In determining whether less intrusive legislation may be imagined, this Court stressed in the *Prostitution Reference*, *supra*, that it is not necessary that the legislative scheme be the “perfect” scheme, but that it be appropriately tailored in the context of the infringed right. . . . [Emphasis in original.]

97

Taking into account the legislative context, it is my view that the measures adopted under the Act satisfy the *Oakes* minimal impairment requirement. It must be kept in mind that the infringed right at issue in these cases is the right of tobacco corporations to advertise the only legal product sold in Canada which, when used precisely as directed, harms and often kills those who use it. As I discussed above, I have no doubt that Parliament could validly have employed the criminal law power to prohibit the manufacture and sale of tobacco products, and that such a prohibition would have been fully justifiable under the *Charter*. There is no right to sell harmful products in Canada, nor should there be. Thus, in choosing to prohibit solely the advertisement of tobacco products, it is clear that Parliament in fact adopted a relatively unintrusive legislative approach to the control of tobacco products. Indeed, the scope of conduct prohibited under the Act is narrow. Under the Act, tobacco companies continue to enjoy the right to manufacture and sell their products, to engage in public or private debate concerning the health effects of their products, and to publish consumer information on their product packages pertaining to the content of the products. The prohibition under this Act serves only to prevent these companies from employing sophisticated marketing and social psychology techniques to induce consumers to purchase their products. This type of expression, which is directed solely toward the pursuit of profit, is neither political nor artistic in nature, and therefore falls very far from the “core” of freedom of expression values discussed by this Court in *Keegstra*, *supra*.

98

Furthermore, there was ample evidence introduced by the Attorney General at trial demonstrating that a full prohibition of tobacco advertising is justified and necessary. In enacting this legislation,

En déterminant s’il est possible d’imaginer une loi moins attentatoire, notre Cour a fait ressortir, dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité, que le régime législatif n’a pas à être «parfait», mais qu’il doit être bien adapté au contexte du droit qui est violé . . . [Souligné dans l’original.]

Compte tenu du contexte législatif, je suis d’avis que les mesures adoptées en vertu de la Loi satisfont à l’exigence de l’atteinte minimale énoncée dans l’arrêt *Oakes*. Il faut se rappeler que le droit violé en l’espèce est le droit des compagnies de tabac de faire la publicité du seul produit vendu légalement au Canada qui, s’il est utilisé précisément de la façon recommandée, fait du tort à ceux qui l’utilisent ou souvent les tue. Comme il ressort de l’analyse qui précède, je n’ai aucun doute que le Parlement pouvait valablement se servir de sa compétence en matière de droit criminel pour interdire la fabrication et la vente des produits du tabac, et qu’une telle interdiction aurait été pleinement justifiable en vertu de la *Charte*. On n’a pas et ne devrait pas avoir le droit de vendre des produits nocifs au Canada. Par conséquent, en choisissant d’interdire seulement la publicité des produits du tabac, le Parlement a de toute évidence adopté une démarche législative relativement non attentatoire pour exercer un contrôle sur les produits du tabac. En fait, l’étendue de l’interdiction est restreinte. Sous le régime de la Loi, les compagnies de tabac continuent de bénéficier du droit de fabriquer et de vendre leurs produits, de prendre part à des débats publics ou privés sur les effets de leurs produits sur la santé et d’apposer sur les emballages des messages quant au contenu de ces produits. L’interdiction visée par la Loi ne sert qu’à empêcher ces compagnies de recourir à des techniques complexes de commercialisation et de psychologie sociale pour inciter les consommateurs à acheter leur produits. Cette forme d’expression, qui vise seulement la réalisation de profits, n’est ni politique ni artistique et est donc très loin du «cœur» des valeurs de la liberté d’expression dont notre Cour a fait l’étude dans l’arrêt *Keegstra*, précité.

Par ailleurs, le procureur général a déposé une preuve volumineuse en première instance afin d’établir qu’une interdiction totale de publicité du tabac est à la fois justifiée et nécessaire. Lorsqu’il

Parliament came to the conclusion that all advertising stimulates consumption and that a full prohibition upon advertising is therefore necessary to reduce consumption effectively. Parliament reached this conclusion only after many years of careful study and reflection. As I mentioned in my discussion of the criminal law power, the measures adopted under the Act were the product of an intensive 20-year public policy process, which involved extensive consultation with an array of national and international health groups and numerous studies, and educational and legislative programs. Over the course of this 20-year period, the government adopted an incremental legislative approach by experimenting with a variety of less intrusive measures before determining that a full prohibition on advertising was necessary. As early as 1969, the Standing Committee of Health and Welfare and Social Affairs recommended a full prohibition in its *Report of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs on Tobacco and Cigarette Smoking*, *supra*, at pp. 52-53, suggesting the following legislative solution:

One year from enactment of legislation

- Complete elimination of free distribution of cigarettes and of all coupon and premium schemes.
- No cigarette advertising on television or radio before 10 p.m.
- Warning on all cigarette packages and cartons, in all cigarette advertising and promotional materials and on all cigarette vending machines.
- Government-authorized statements of tar and nicotine levels on all cigarette packages and cartons, in all cigarette advertising and promotional materials and on all cigarette vending machines.

Two years from enactment of legislation

- Prohibition of cigarette advertising on television and radio.

a adopté cette loi, le Parlement est arrivé à la conclusion que toute publicité incite à la consommation et qu'une interdiction totale de la publicité est en conséquence nécessaire pour réduire efficacement cette consommation. Le Parlement n'est arrivé à cette conclusion qu'après de nombreuses années d'études et de réflexions attentives. Comme je l'ai mentionné dans mon analyse de la compétence en matière de droit criminel, les mesures adoptées en vertu de la Loi sont le résultat d'un processus de politique d'intérêt public qui s'est poursuivi pendant 20 ans et qui a nécessité de longues consultations auprès d'une multitude de groupes du domaine de la santé, sur les plans tant national qu'international, ainsi que de nombreuses études et maints programmes éducatifs et législatifs. Au cours de cette période de 20 ans, le gouvernement a adopté une démarche législative graduelle en essayant toute une gamme de mesures moins attentatoires avant de déterminer qu'il était nécessaire d'interdire complètement la publicité. Dès 1969, le Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales a recommandé une interdiction complète dans le *Rapport du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales sur l'usage du tabac et de la cigarette*, *op. cit.*, aux pp. 52 et 53, où il proposait la solution législative suivante:

Un an après la mise en vigueur de la loi

- Abolition totale de toute distribution gratuite de cigarettes ainsi que des systèmes de coupons ou de primes.
- Plus d'annonces de cigarettes à la télévision ou à la radio avant 10 h le soir.
- Avertissement sur tous les paquets et cartons de cigarettes, sur tout le matériel publicitaire et sur les machines distributrices.
- Mention contrôlée par le gouvernement du degré de goudron et de nicotine sur tous les paquets et cartons de cigarettes, sur tout le matériel publicitaire et sur les machines distributrices.

Deux ans après la mise en vigueur de la loi

- Abolition de toutes les annonces de cigarettes à la télévision et à la radio.

- Prohibition of other than simple brand name advertisements in remaining media.

Four years from enactment of legislation

- Complete elimination of all cigarette promotional activities.

Although the Standing Committee recommended a full prohibition upon tobacco advertising within four years, Parliament refrained from instituting a full prohibition and chose instead to implement a variety of lesser legislative measures. Since 1969, for example, the Department of National Health and Welfare has introduced and supported many educational programmes and many research and health promotion organizations; see, e.g., Health and Welfare Canada, *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*, *supra*; Health and Welfare Canada, “Directional paper of the national program to reduce tobacco use in Canada”, *supra*. Parliament has also sought to combat tobacco use by preventing the sale of tobacco to young persons (*Tobacco Sales to Young Persons Act*), restricting smoking in workplaces and public places (*Non-smokers’ Health Act*) and by increases in tobacco taxes. However, despite all these efforts, it was apparent by 1989 that close to one-third of Canadians continued to smoke and that the decline in the numbers of smokers in Canada since 1969 had been neither rapid nor substantial. Faced with this distressing statistic, and with the seeming ineffectiveness of the measures adopted up to that time, Parliament had more than reasonable grounds for concluding that the more robust measures adopted under the Act were both necessary and a logical next step in the policy process.

99

The reasonableness of Parliament’s decision to prohibit tobacco advertising has been amply borne out by parallel developments in the international community before and after the passage of the Act. It is of great significance, in my view, that over 20 democratic nations have, in recent years, adopted complete prohibitions on tobacco advertising simi-

- Pour les autres moyens de diffusion, abolition de toute publicité à l’exception des simples annonces de marques de commerce.

Quatre ans après la mise en vigueur de la loi

- Abolition totale de toute publicité sur les cigarettes.

Même si le Comité permanent avait recommandé une abolition totale de toute publicité du tabac sur une période de quatre ans, le Parlement s’est abstenu d’imposer une interdiction totale et a plutôt choisi de mettre en œuvre toute une gamme de mesures législatives moins sévères. Par exemple, depuis 1969, le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social a mis en place et appuyé de nombreux programmes éducatifs et de nombreux organismes de recherche et de promotion de la santé; voir, p. ex., Santé et Bien-être social Canada, *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*, *op. cit.*; Santé et Bien-être social Canada, «Document d’orientation du programme national de lutte contre le tabagisme au Canada», *op. cit.* Le Parlement a aussi cherché à combattre l’usage du tabac en interdisant la vente de produits du tabac aux jeunes (*Loi sur la vente du tabac aux jeunes*), en restreignant l’usage du tabac sur les lieux de travail et les lieux publics (*Loi sur la santé des non-fumeurs*) et en augmentant les taxes sur le tabac. Cependant, malgré tous ces efforts, on s’est rendu compte en 1989 que près d’un tiers des Canadiens continuaient de fumer et que la réduction du nombre de fumeurs au Canada depuis 1969 n’avait été ni rapide ni importante. Face à ces statistiques troublantes et à l’inefficacité apparente des mesures adoptées jusque-là, le Parlement avait des motifs plus que raisonnables de conclure que la prise de mesures plus énergiques en vertu de la Loi était nécessaire et constituait une prochaine étape logique du processus de politique d’intérêt public.

Le caractère raisonnable de la décision du Parlement d’interdire la publicité du tabac est amplement démontré par les développements parallèles dans la communauté internationale avant et après l’adoption de la Loi. À mon avis, il est très important de faire remarquer que, au cours des dernières années, plus de 20 pays démocratiques, dont

lar to those adopted under the Act, including Australia, New Zealand, Norway, Finland and France. It is also of significance that the constitutionality of full advertising prohibitions have been upheld by the French Conseil constitutionnel (Décision No. 90-283 DC (Jan. 8, 1991) declaring the *Loi n° 91-32 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, which prohibits all direct and indirect tobacco advertising), to be constitutionally valid and by American courts (upholding full prohibitions on alcohol advertising and gambling advertising as a reasonable limitation on freedom of expression under the United States Constitution in *Central Hudson, supra*; *Oklahoma Telecasters, supra*; *Metromedia, supra*; *Posadas, supra*; *Dunagin, supra*). The decisions of the American courts, which have traditionally been jealous guardians of the right to freedom of expression, are particularly instructive in this context because they demonstrate that the adoption of a full prohibition upon tobacco advertising is perceived as neither novel nor radical in other democratic nations. Given the background of the legislation and the overwhelming acceptance by other democratic countries of this type of prohibition as a reasonable means for combatting the serious evils flowing from the sale and distribution of tobacco products, it seems difficult to argue that the impugned legislation is not a reasonable limit on the appellants' rights demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

Thus, in my view, there was more than enough evidence adduced at trial to justify the government's decision to institute a full prohibition on advertising and promotion. In their argument before this Court, the appellants made much of the fact that, during the course of the trial, a certificate was issued by the Clerk of the Privy Council pursuant to s. 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, stating that certain documents requested by the appellants, many of which were departmental memoranda sent to the Minister of Health and Welfare, constituted "confidence[s] of

l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Finlande et la France, ont adopté une interdiction complète de publicité du tabac analogue à celle adoptée en vertu de la Loi. Il est également important de préciser que la constitutionnalité d'interdictions totales de la publicité a été reconnue par le Conseil constitutionnel en France (Décision n° 90-283 DC (8 janv. 1991), qui a déclaré valide la *Loi n° 91-32 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, qui interdit toute publicité directe ou indirecte du tabac) et par les tribunaux américains (qui ont maintenu, dans les arrêts *Central Hudson*, *Oklahoma Telecasters*, *Metromedia*, *Posadas*, et *Dunagin*, précités, des interdictions totales de la publicité des boissons alcoolisées et des jeux de hasard parce qu'elles sont des restrictions raisonnables de la liberté d'expression garantie par la Constitution des États-Unis). Les décisions des tribunaux américains, qui ont toujours jalousement protégé le droit à la liberté d'expression, sont particulièrement intéressantes dans ce contexte parce qu'elles établissent que l'adoption d'une interdiction complète de publicité du tabac n'est considérée ni comme nouvelle ni comme radicale dans d'autres pays démocratiques. Vu l'historique de la loi et l'acceptation générale que les autres pays démocratiques donnent à ce type d'interdiction comme moyen raisonnable de lutter contre les graves problèmes découlant de la vente et de la distribution des produits du tabac, il semble difficile de soutenir que la loi attaquée ne constitue pas une limite raisonnable aux droits des appelantes, dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique, en application de l'article premier de la *Charte*.

À mon avis, on a donc présenté en première instance plus d'éléments de preuve qu'il ne le fallait pour justifier la décision du gouvernement d'établir une interdiction complète de la publicité et de la promotion. Dans leur argumentation devant notre Cour, les appelantes ont accordé beaucoup d'importance au fait que, pendant le procès, le greffier du Conseil privé avait attesté, conformément à l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, que certains documents demandés par les appelantes, dont bon nombre étaient des mémoires ministériels envoyés au

the Queen's Privy Council for Canada". As a result of the objection taken by the Privy Council, all references in the requested documents to an unidentified and alternative policy option were blacked out. The appellants speculate that this mysterious policy option was less intrusive than the measures adopted under the Act and argue on this basis that a full prohibition on advertising was not the only option available to the government.

101

Although I believe the appellants have raised a legitimate concern with respect to the effect of governmental claims to confidentiality in constitutional cases, I cannot accept that the resort by the government to Cabinet confidentiality in this context is fatal to this legislation. The appellants are right to argue that claims to confidentiality have the effect of withholding from the factual record evidence relating to available governmental options and thus compromise the ability of courts in some cases to evaluate the constitutionality of governmental actions properly. For the same reasons, the appellants are also right to argue that the exercise of this power will at times undermine attempts by the government to justify legislation under the *Charter*. The onus is on the government to establish minimal impairment and in this context it is difficult to understand why it could not make the information available. It is right to say, however, that during the course of the litigation the appellants studiously refrained from taking the steps that could have been taken to obtain the information available. It is significant that the appellants failed to challenge the Certificate issued by the Clerk of the Privy Council, as they were clearly entitled to do under s. 39 of the *Canada Evidence Act*; see, e.g., *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.). That said, the responsibility was ultimately that of the government, and in acting as it did, it

ministre de la Santé et du Bien-être social, constituaient des «renseignement[s] confidentiel[s] du Conseil privé de la Reine pour le Canada». À la suite de l'objection formulée par le Conseil privé, toute mention d'une autre option de principe non identifiée a été biffée des documents. Les appelantes estiment que cette mystérieuse option de principe était moins attentatoire que les mesures adoptées en vertu de la Loi, et soutiennent sur ce fondement qu'une interdiction complète de publicité n'était pas la seule option offerte au gouvernement.

Bien que, selon moi, les appelantes aient soulevé une préoccupation légitime relativement à l'effet des demandes gouvernementales en matière de confidentialité dans les affaires constitutionnelles, je ne puis accepter que le recours à la confidentialité des documents du Cabinet, revendiquée par le gouvernement dans le présent contexte, soit fatal pour la validité de la loi. Les appelantes ont raison de soutenir que les demandes de confidentialité ont pour effet de retirer du dossier des faits des éléments de preuve relatifs aux options offertes au gouvernement et, en conséquence, de nuire dans certains cas à la capacité des tribunaux de bien évaluer la constitutionnalité des mesures gouvernementales. Pour les mêmes motifs, les appelantes ont également raison de soutenir que l'exercice de ce pouvoir portera parfois atteinte aux tentatives du gouvernement de justifier une loi en vertu de la *Charte*. Il appartient au gouvernement de prouver l'atteinte minimale et dans ce contexte il est difficile de comprendre pourquoi il ne pourrait pas permettre l'accès à ces renseignements. Cependant, on a raison d'affirmer que les appelantes se sont délibérément abstenues, tout au long du litige, de prendre les mesures qui leur auraient permis d'obtenir les renseignements visés. Il importe de préciser que les appelantes ont omis de contester l'attestation donnée par le greffier du Conseil privé, comme elles avaient clairement le droit de le faire en vertu de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*; voir par exemple, *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130 (C.A.), et *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.). Cela dit, la responsabilité incom-

put this Court in the difficult position of having to speculate about the contents of documents.

The real answer to the appellants' contention, however, is that such speculation cannot, in my view, displace the overwhelming evidence that the prohibition was a reasonable one. Even if it were true that the government was considering a less intrusive option prior to adopting the Act, I do not accept that this in any way undermines the Attorney General's argument that the Act minimally impairs the appellants' rights in light of the legislative objective. A partial prohibition on advertising would only have been required under the *Charter* if it had been clear to Parliament that some forms of advertising do not stimulate consumption, and that a full prohibition would accordingly be overbroad. However, the Attorney General demonstrated convincingly at trial that Parliament had a reasonable basis for believing, after 20 years of research and legislative experimentation, that all tobacco advertising stimulates tobacco consumption. As I explained in my rational connection discussion above, it is reasonable to conclude that all advertising stimulates consumption because all advertising serves to place tobacco products in the public eye and to give these products legitimacy, particularly among the young. Indeed, the appellants' emphasis in their own marketing documents on the colour and "look" of tobacco packages demonstrates that the companies themselves recognize that even purely "informational" advertising has an important effect on consumption.

Moreover, in considering the comparative advantages of partial and full advertising prohibitions, it is also significant that, in countries where governments have instituted partial prohibitions upon tobacco advertising such as those suggested by the appellants, the tobacco companies have developed ingenious tactics to circumvent the restrictions. For example, when France attempted to institute a partial prohibition on tobacco adver-

bait finalement au gouvernement, et en agissant comme il l'a fait, ce dernier place notre Cour dans une position difficile qui la force à conjecturer sur le contenu de ces documents.

Cependant, la véritable réponse à l'argument des appelantes est que cette conjecture ne peut, à mon avis, modifier la preuve accablante que l'interdiction était raisonnable. Même s'il était exact que, avant l'adoption de la Loi, le gouvernement examinait une option moins attentatoire, je n'accepte pas que ce facteur affaiblisse d'une façon quelconque l'argument du procureur général que la Loi constitue une atteinte minimale aux droits des appelantes compte tenu de l'objectif législatif. Une interdiction partielle de la publicité n'aurait été exigée en vertu de la *Charte* que s'il avait été clair dans l'esprit du législateur que certaines formes de publicité n'incitent pas à la consommation, et qu'une interdiction complète aurait donc une portée trop vaste. Cependant, le procureur général a établi de façon convaincante en première instance que le Parlement avait des motifs raisonnables de croire, après 20 ans de recherche et d'expérimentation législative, que toute publicité du tabac incite à l'usage du tabac. Comme je l'ai expliqué dans mon analyse du lien rationnel, il est raisonnable de conclure que toute publicité encourage la consommation parce que la publicité présente les produits du tabac au public et leur donne un caractère légitime, particulièrement chez les jeunes. En fait, l'importance que les appelantes accordent dans leurs propres documents de commercialisation à l'incidence sur les ventes de la couleur et de l'«aspect» des emballages des produits du tabac montre que les compagnies reconnaissent que même la publicité qui est purement «informative» a un effet important sur la consommation.

En outre, dans l'examen des avantages comparatifs des interdictions partielles ou complètes de la publicité, il est également révélateur que, dans les pays où les gouvernements ont imposé des interdictions partielles de la publicité du tabac comme celles proposées par les appelantes, les compagnies de tabac ont trouvé d'ingénieuses tactiques pour contourner ces restrictions. Par exemple, lorsque la France a tenté d'imposer une interdiction partielle

tising in the 1980s (by prohibiting “lifestyle” tobacco advertising but not informational or brand preference advertising), the tobacco companies devised techniques for associating their product with “lifestyle” images which included placing pictures on the brand name and reproducing those pictures when an advertisement showed the package, and taking out a full-page magazine advertisement and subcontracting three-quarters of the advertisement to Club Med, whose lifestyle advertisements contributed to a lifestyle association for the brand; see Luc Joossens, “Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in some Western European Countries” in *Proceedings of the 5th World Conference on Smoking and Health* (1983).

104

Thus, it appears that Parliament had compelling reasons for rejecting a partial prohibition on advertising and instituting a full prohibition. In this light, it would be highly artificial for this Court to decide, on a purely abstract basis, that a partial prohibition on advertising would be as effective as a full prohibition. In my view, this is precisely the type of “line drawing” that this Court has identified as being within the institutional competence of legislatures and not courts. The Court made this clear in *Irwin Toy, supra*, where it stated, at p. 990, that the government should be given “a margin of appreciation to form legitimate objectives based on somewhat inconclusive social science evidence”. In *Irwin Toy*, this Court found ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, which prohibited the use of commercial advertising directed at persons under 13 years of age, to be an infringement of s. 2(b) of the *Charter*, but upheld the legislation under s. 1. The Court there observed that there was conflicting social science evidence on whether the appropriate legislative line was to be drawn at 13 years of age or a younger age and, at p. 990, observed:

If the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn, especially if that

de la publicité du tabac dans les années 80 (en interdisant la publicité du tabac de type «style de vie», mais non la publicité informative ou de marque), les compagnies de tabac ont trouvé des techniques pour associer leurs produits à des «styles de vie», par exemple, en plaçant des vignettes sur le nom de la marque et en reproduisant ces vignettes lorsqu’une annonce montrait le paquet, ou en achetant pour la publicité une pleine page d’un magazine, puis en revendant les trois-quarts de la page au Club Med, dont la publicité de style de vie contribuait à associer un style de vie à la marque; voir Luc Joossens, «Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in some Western European Countries» dans *Proceedings of the 5th World Conference on Smoking and Health* (1983).

Il semble donc que le Parlement avait des motifs impératifs de rejeter une interdiction partielle de la publicité et d’imposer plutôt une interdiction totale. C’est pourquoi notre Cour ferait un geste tout à fait artificiel si elle décidait, purement dans l’abstrait, qu’une interdiction partielle de la publicité serait aussi efficace qu’une interdiction totale. À mon avis, c’est précisément le type de «ligne de démarcation» que notre Cour a déclaré être du ressort des législatures et non des tribunaux. Notre Cour a été claire sur ce point dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, où elle a déclaré, à la p. 990, que le gouvernement devait disposer «d’une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n’étaient pas totalement concluantes». Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, qui interdisaient la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de 13 ans, violaient l’al. 2b) de la *Charte*, mais elle a maintenu la loi en vertu de l’article premier. La Cour a alors fait observer que les éléments de preuve en matière de sciences humaines étaient contradictoires quant à savoir si la ligne de démarcation que devait tracer la loi devait se situer à 13 ans ou à un âge encore plus jeune, et, à la p. 990, elle a fait observer:

Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, surtout

assessment involves weighing conflicting scientific evidence and allocating scarce resources on this basis, it is not for the court to second guess. That would only be to substitute one estimate for another.

The Court decided that the government's choice of 13 years as the cutoff line was reasonable in light of the available evidence, and thus concluded, at p. 999:

While evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups.

This Court adopted a similar deferential approach in *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, in deciding that ss. 2(1) and 3(4) of the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, which prohibited retail stores with more than seven employees or more than 5,000 square feet of retail space from carrying on business on Sundays, was a justifiable infringement of freedom of religion under s. 1 of the *Charter* because it provided a mandatory day of rest for workers who would otherwise be vulnerable to pressure from employers. In that case, the appellants, a group of large retail store owners, argued that the legislature had failed to adduce sufficient evidence demonstrating that the legislation minimally impaired their rights under the *Charter*. In particular, they argued that the legislature had not adduced evidence justifying the exemption for owners of retail stores with less than eight employees. In addressing their claim, Dickson C.J. first observed, at p. 769, that the state had adduced only one Ontario Law Reform Commission report (the 1970 *Report on Sunday Observance Legislation*) in support of the distinctions drawn in the legislation, and that the Report was over 15 years old. Despite the lack of evidence on the record, however, Dickson C.J. concluded that the legislature was entitled to a degree of deference in fashioning the legislative means to accomplish that goal. While observing that other legislative

quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre.

La Cour a décidé que le choix du gouvernement de tracer la ligne de démarcation à 13 ans était raisonnable compte tenu de la preuve disponible, et elle a conclu, à la p. 999:

Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixés. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables.

Notre Cour a adopté de façon similaire une attitude de retenue dans l'arrêt *Edwards Books*, précité, statuant que les par. 2(1) et 3(4) de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, qui interdisaient aux magasins de détail employant plus de sept personnes ou consacraient plus de 5 000 pieds carrés au commerce de détail de faire des affaires le dimanche, étaient une atteinte justifiable à la liberté de religion en vertu de l'article premier de la *Charte*, parce qu'ils prévoyaient un jour de repos obligatoire pour les employés, qui, autrement, auraient été dans une position vulnérable face aux demandes pressantes des employeurs. Dans cette affaire, les appelants, un groupe de propriétaires de grands magasins de détail, ont allégué que la législature avait fait défaut de déposer une preuve suffisante pour démontrer que sa loi portait atteinte de façon minimale à leurs droits garantis par la *Charte*. Plus particulièrement, ils ont fait valoir que la législature n'avait pas déposé de preuve justifiant l'exemption accordée aux propriétaires de magasins de détail employant moins de huit employés. Examinant leur demande, le juge en chef Dickson a d'abord fait observer, à la p. 769, que l'État n'avait déposé qu'un rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario (*Report on Sunday Observance Legislation* de 1970) à l'appui de la distinction faite par la loi, et que le rapport datait de plus de

options were conceivable, including a Sabbatarian exemption, which would have impaired the rights of retail owners to a lesser degree, Dickson C.J. stated, at p. 782, that “[t]he courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line”. He concluded, at p. 783:

I should emphasize that it is not the role of this Court to devise legislation that is constitutionally valid, or to pass on the validity of schemes which are not directly before it, or to consider what legislation might be the most desirable.

I concurred with Dickson C.J. in that case, and stressed, at p. 795, that it was necessary, in that context, to give the legislature “room to manoeuvre” in fashioning legislation designed to mediate between different social interests and to protect vulnerable groups. My approach was later accepted by this Court in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at pp. 488-89; *Andrews, supra*, at pp. 184-86, 197-98; and *Cotroni, supra*, at p. 1495.

106

In my view, the Court’s approach in *Edwards Books* and *Irwin Toy* is directly applicable to the present cases. Tobacco consumption is a multifaceted problem which requires intervention from a variety of public authorities on a number of different fronts. Parliament has adopted an incremental solution by prohibiting advertising without, at the same time, prohibiting the consumption, manufacture or sale of tobacco. In so doing, it has chosen a policy approach that strives to balance the rights of tobacco smokers and manufacturers against the legitimate public health concerns arising from tobacco addiction including, most importantly, the special vulnerabilities of young Canadians. In my view, it is not the role of this Court to substitute its opinion for that of Parliament con-

15 ans. En dépit du manque de preuve au dossier, le juge en chef Dickson a toutefois conclu que la législature avait droit à une certaine retenue quant à son choix des moyens législatifs propres à atteindre l’objectif visé. Tout en faisant observer que d’autres options législatives étaient concevables, dont une exemption pour le sabbat, qui aurait porté atteinte dans une moindre mesure aux droits des propriétaires de magasins de détail, le juge en chef Dickson a affirmé, à la p. 782, que «[l]es tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l’endroit où tracer une ligne de démarcation». Il a conclu, à la p. 783:

Je tiens à souligner qu’il n’appartient pas à cette Cour de concevoir une loi qui soit constitutionnellement valide, de se prononcer sur la validité de régimes dont elle n’est pas saisie directement, ni d’examiner quelles mesures législatives pourraient être les plus souhaitables.

J’ai souscrit à l’avis du juge en chef Dickson dans cette affaire, et j’ai fait ressortir, à la p. 795, qu’il était nécessaire, dans un tel contexte, de donner à la législature une «marge de manœuvre» dans la façon d’élaborer une loi visant à faire la médiation entre des intérêts sociaux opposés et à protéger les groupes vulnérables. Mon point de vue a par la suite été accepté par notre Cour dans *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, aux pp. 488 et 489; dans *Andrews*, précité, aux pp. 184 à 186, 197 et 198; et dans *Cotroni*, précité, à la p. 1495.

À mon avis, la démarche adoptée par la Cour dans *Edwards Books* et *Irwin Toy* est directement applicable aux présents pourvois. La consommation du tabac est un problème comportant de multiples aspects qui requiert l’intervention de nombreuses autorités publiques s’y attaquant sur différents fronts. Le Parlement a adopté une solution graduelle en interdisant la publicité sans interdire aussi l’usage, la fabrication ou la vente des produits du tabac. Ce faisant, il a choisi une démarche qui cherche à établir un équilibre entre les droits des fumeurs et des fabricants et les préoccupations légitimes en matière de santé publique que constitue la dépendance au tabac, tout particulièrement en ce qui concerne les jeunes. À mon avis, notre Cour n’a pas à substituer son

cerning the ideal legislative solution to this complex and wide-ranging social problem. As McLachlin J. observed in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at p. 248:

... some deference must be paid to the legislators and the difficulties inherent in the process of drafting rules of general application. A limit prescribed by law should not be struck out merely because the Court can conceive of an alternative which seems to it to be less restrictive.

In reaching the conclusion that the Act satisfies the *Oakes* minimal impairment criterion, I am well aware of the statements of this Court in *Ford*, *supra*, and *Rocket*, *supra*, to the effect that a complete prohibition on a type of expression will be more difficult to justify than a partial prohibition. In my view, however, these decisions are fully distinguishable from the present cases. Once again, I emphasize the importance of context in the minimal impairment analysis. In *Rocket*, this Court found that a prohibition on advertising by dentists under s. 37(39) and (40) of *Regulation 447 of the Health Disciplines Act*, R.R.O. 1980, was an infringement of s. 2(b) and could not be justified under s. 1. McLachlin J. began her s. 1 analysis by observing, at p. 247, that restrictions on freedom of expression may be easier to justify in some contexts than others:

The expression limited by this regulation is that of dentists who wish to impart information to patients or potential patients. Their motive for doing so is, in most cases, primarily economic. Conversely, their loss, if prevented from doing so, is merely loss of profit, and not loss of opportunity to participate in the political process or the 'marketplace of ideas', or to realize one's spiritual or artistic self-fulfilment: see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976. This suggests that restrictions on expression of this

kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b).

Despite her recognition of the importance of context, however, McLachlin J. struck down the legis-

opinion à celle du Parlement quant à ce que serait la solution législative idéale à ce problème social complexe et répandu. Comme le juge McLachlin l'a fait observer dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, à la p. 248:

... il convient d'avoir de l'égard pour les législateurs et les difficultés inhérentes au processus de rédaction des règles d'application générale. Il ne faudrait pas annuler une limite prescrite par une règle de droit tout simplement parce que le tribunal peut concevoir une autre solution qui lui semble moins restrictive.

Arrivant à la conclusion que la Loi satisfait au critère de l'atteinte minimale formulé dans *Oakes*, je suis bien conscient des affirmations de notre Cour dans *Ford* et *Rocket*, précités, selon lesquelles une interdiction totale d'un type d'expression est plus difficile à justifier qu'une interdiction partielle. À mon avis, toutefois, la présente espèce se distingue tout à fait de ces arrêts. À nouveau, j'insiste sur l'importance du contexte dans l'analyse de l'atteinte minimale. Dans *Rocket*, notre Cour a conclu que l'interdiction de la publicité pour le compte des dentistes décrétée par le par. 37(39) et (40) du *Regulation 447 of the Health Disciplines Act*, R.R.O. 1980, violait l'art. 2b) et ne pouvait se justifier par l'article premier. Le juge McLachlin a commencé son analyse fondée sur l'article premier en faisant observer, à la p. 247, que les restrictions à la liberté d'expression peuvent être plus faciles à justifier dans certains contextes que dans d'autres:

L'expression qui est restreinte par ce règlement est celle de dentistes qui désirent communiquer des renseignements à des patients réels ou éventuels. Dans la plupart des cas, leur raison d'agir ainsi est principalement d'ordre économique. À l'inverse, s'ils sont empêchés d'agir ainsi, la perte qu'ils subissent est simplement une perte de bénéfice et non une perte d'occasion de participer au processus politique ou au «marché des idées», ou de réaliser un épanouissement personnel sur le plan spirituel ou artistique: voir *Irwin Toy*, précité, à la p. 976. Cela laisse entendre qu'il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b).

En dépit du fait qu'elle ait reconnu l'importance du contexte, le juge McLachlin a cependant déclaré la

lative provision on the ground that it did not minimally impair the right to freedom of expression. She noted that the expression in question, the advertisement of dentistry services, had social value in the measure that it gave consumers access to information that would enable them to make informed health care choices. To the extent that the impugned legislative provision denied consumers such information, she observed, such an infringement could not lightly be dismissed. She stated, at p. 250:

It is easy to think of examples of expression not falling within the exceptions which should clearly be permitted. For example, it is conceded that dentists should be able to advertise their hours of operation and the languages they speak, information which would be useful to the public and present no serious danger of misleading the public or undercutting professionalism.

She then stated, at p. 251:

... the value served by free expression in the case of professional advertising is not purely the enhancement of the advertiser's opportunity to profit, as was the case in *Irwin Toy*. The public has an interest in obtaining information as to dentists' office hours, the languages they speak, and other objective facts relevant to their practice — information which s. 37(39) prohibits dentists from conveying by advertising.

108

It appears, then, that the contextual basis for McLachlin J.'s decision was that s. 37(39) of the *Regulation 447 of the Health Disciplines Act* operated to prohibit many aspects of advertising by dentists that serve to promote public health (i.e., advertising of hours of operation, language spoken and other aspects relating to their practice). No such argument can be made with respect to tobacco advertising. This type of expression serves to promote an activity which, in contrast to dentistry, is inherently dangerous and has no redeeming public health value. Indeed, the contrast with *Rocket* could not be more striking. Making an informed choice about dentists serves to promote

disposition invalide pour le motif qu'elle ne portait pas atteinte à la liberté d'expression d'une façon minimale. Elle a fait remarquer que l'expression en question, soit la publicité de services de soins dentaires, avait une valeur sociale dans la mesure où elle donnait aux consommateurs accès à de l'information qui leur permettrait de faire des choix éclairés en matière de soins de santé. Dans la mesure où la disposition contestée nierait cette information aux consommateurs, fait-elle observer, une telle violation ne peut être écartée à la légère. Elle affirme, à la p. 250:

Il est facile d'imaginer des exemples d'expressions qui ne s'inscrivent pas dans les exceptions et qui seraient clairement autorisées. Par exemple, on reconnaît que les dentistes devraient être en mesure d'annoncer leurs heures de bureau et les langues qu'ils parlent; ce sont des renseignements qui seraient utiles pour le public et qui ne présentent aucun danger grave d'induire le public en erreur ou de diminuer le professionnalisme.

Puis, elle ajoute à la p. 251:

... la valeur appuyée par la liberté d'expression dans le cas de la publicité professionnelle n'est pas purement une augmentation de la possibilité de l'annonceur de réaliser des bénéfices comme c'était le cas dans l'arrêt *Irwin Toy*. Le public a intérêt à obtenir des renseignements sur les heures de bureau du dentiste, sur la langue qu'il parle et sur d'autres faits objectifs pertinents à son travail — des renseignements que le par. 37(39) interdit au dentiste de transmettre par la publicité.

Il semble donc que le contexte sur lequel le juge McLachlin a appuyé sa décision ait été que le par. 37(39) du *Regulation 447 of the Health Disciplines Act* avait pour effet d'interdire de nombreux aspects de la publicité pour le compte des dentistes qui servent à promouvoir la santé publique (c.-à-d. la publicité portant sur les heures de bureau, la langue parlée et d'autres aspects de l'exercice de leur profession). Aucun argument de ce genre ne peut être présenté en ce qui concerne la publicité des produits du tabac. Ce type d'expression sert à promouvoir une activité qui, par contraste avec la dentisterie, est de façon inhérente dangereuse et n'a aucun effet bénéfique sur la santé publique. En

health by allowing patients to seek out the best care; making an informed choice about tobacco simply permits consumers to choose between equally dangerous products. Although the appellants argue that informational advertising allows smokers to make informed health choices by giving them information about tobacco product content, and thereby permitting them to choose tobacco products with lower tar levels, they submit no evidence that such products are actually healthier, nor logically could they, since the evidence appears to point the other direction: such products are no safer than high tar products and serve mainly to induce smokers who might otherwise quit to keep smoking "lighter" brands; see e.g. the Report of the Surgeon General of the United States, *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General, supra*, at pp. 315-16, 664-65; Dr. Richard W. Pollay, "The Functions and Management of Cigarette Advertising", *supra*, at pp. 28-29; Report of Dr. Joel B. Cohen, "Effects of Cigarette Advertising on Consumer Behavior", *supra*, at pp. 41-42. Moreover, the appellants' argument, weak on an evidentiary level, is further undermined by the fact that consumers can still, under the Act, obtain product and health information at the point of sale and on the tobacco package (ss. 5 and 9).

A similar contrast can be drawn between the present cases and *Ford, supra*. In *Ford, supra*, this Court found that ss. 58, 69 and 205 to 208 of the Quebec *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, which required public signs, posters and commercial advertising to be in the French language only, infringed s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and could not be justified under s. 1. The Court based this decision

fait, le contraste avec l'arrêt *Rocket* ne pourrait pas être plus frappant. La possibilité de choisir son dentiste de façon éclairée contribue à la promotion de la santé en ce qu'elle permet aux patients de chercher à obtenir les meilleurs soins; la possibilité de faire un choix éclairé quant au tabac ne permet aux consommateurs de choisir qu'entre des produits également dangereux. Bien que les appelantes prétendent que la publicité informative permet aux fumeurs de faire des choix éclairés en ce qui concerne leur santé, parce qu'elle leur donne des renseignements sur le contenu des produits du tabac et qu'elle leur permet ainsi de choisir les produits du tabac qui ont les quantités de goudron les plus faibles, elles n'ont présenté aucune preuve établissant que ces produits sont de fait meilleurs pour la santé; elles en étaient de toute façon logiquement incapables, puisque la preuve paraît indiquer le contraire: ces produits ne sont pas plus sûrs que ceux qui contiennent de fortes quantités de goudron et ils servent principalement à inciter les fumeurs qui pourraient autrement cesser de fumer à continuer de fumer des marques plus «légères»; voir p. ex. le rapport du Surgeon General des États-Unis, *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General, op. cit.*, aux pp. 315, 316, 664 et 665; Richard W. Pollay, «The Functions and Management of Cigarette Advertising», *op. cit.*, aux pp. 28 et 29, et le rapport de Joel B. Cohen, «Effects of Cigarette Advertising on Consumer Behavior», *op. cit.*, aux pp. 41 et 42. De plus, l'argument des appelantes, déjà faible sur le plan de la preuve, est encore davantage miné par le fait que, en vertu de la Loi, les consommateurs peuvent toujours obtenir des renseignements sur les produits et la santé au point de vente et sur l'emballage des produits du tabac (art. 5 et 9).

On peut constater le même contraste entre les présents pourvois et *Ford*, précité. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que les art. 58, 69 et 205 à 208 de *Charte de la langue française* du Québec, L.R.Q., ch. C-11, qui exigeaient que les affiches, les enseignes publiques et la publicité commerciale soient en français seulement, enfreignaient l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pouvaient se justifier en vertu de l'article premier.

principally on the observation, at p. 780, that the prohibition was overbroad and thus did not satisfy the minimal impairment requirement:

... whereas requiring the predominant display of the French language, even its marked predominance, would be proportional to the goal of promoting and maintaining a French “*visage linguistique*” in Quebec and therefore justified under the Quebec *Charter* and the Canadian *Charter*, requiring the exclusive use of French has not been so justified.

110

However, there are two crucial distinctions between *Ford* and the present cases. First, although the infringed expression in *Ford* fell, as in the present cases, within the category of commercial expression, the nature and scope of the expression in these cases are quite different. While, in these cases, the Act prohibits only tobacco advertising, in *Ford*, the law prohibited all non-French commercial expression in Quebec. It was therefore much broader in scope than the prohibition under the Act. Moreover, while the Act prohibits expression that has little or no connection with “core” freedom of expression values, the commercial expression in *Ford* was intimately connected with such core values. The impugned law in that case represented an attempt by the government of Quebec to eradicate the commercial use in public of any language other than French. Given the close historical relationship between language, culture and politics in Canada, it cannot seriously be denied that the implications of this prohibition extended well beyond the commercial sphere and impacted upon the dignity of all minority language groups in Quebec. Indeed, the Court in *Ford*, *supra*, at p. 748, recognized this fact when it quoted with approval from *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 744, where the Court stated:

The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. . . . Language bridges the gap

La Cour a fondé sa décision principalement sur l’observation qu’elle fait, à la p. 780, que l’interdiction est trop large et, par conséquent, ne respecte pas le principe de l’atteinte minimale:

Alors qu’exiger que la langue française prédomine, même nettement, sur les affiches et les enseignes serait proportionnel à l’objectif de promotion et de préservation d’un «visage linguistique» français au Québec et serait en conséquence justifié en vertu des *Chartes* québécoise et canadienne, l’obligation d’employer exclusivement le français n’a pas été justifiée.

Il y a encore deux distinctions importantes à faire entre l’arrêt *Ford* et les présents pourvois. Premièrement, bien que la liberté d’expression violée dont il était question dans *Ford* tombe, comme en l’espèce, dans la catégorie de l’expression commerciale, la nature et la portée de l’expression dans chaque cas sont très différentes. Alors que, dans les cas qui nous occupent, la Loi interdit seulement la publicité du tabac, dans *Ford*, la loi interdisait, au Québec, toute expression commerciale qui n’était pas en français. L’interdiction avait donc une portée beaucoup plus grande que celle édictée en vertu de la Loi. En outre, alors que la Loi interdit une expression qui n’a que peu ou pas de lien avec le «cœur» des valeurs de la liberté d’expression, l’expression commerciale dont il était question dans *Ford* était intimement liée à ces valeurs fondamentales. La loi contestée représentait une tentative du gouvernement du Québec d’éliminer l’utilisation commerciale en public de toute langue autre que le français. Étant donné les liens étroits dans l’histoire du Canada entre langue, culture et politique, on ne peut sérieusement nier que l’interdiction avait une incidence qui s’étendait bien au-delà du domaine commercial et qu’elle avait des répercussions sur la dignité de tous les groupes linguistiques minoritaires au Québec. En fait, la Cour, dans *Ford*, précité, à la p. 748, a souligné ce fait lorsqu’elle a repris l’extrait suivant des motifs qu’elle avait exprimés dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 744:

L’importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l’existence, le développement et la dignité de l’être humain.

between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

In my view, it cannot seriously be argued that the “dignity” of the three large corporations whose rights are infringed in these cases is in any way comparable to that of minority group members dealt with in *Ford*.

A second important distinction between *Ford* and the present cases relates to the quantity of evidence adduced to satisfy the minimal impairment requirement. In *Ford*, no evidence was adduced to show why the exclusion of all languages other than French was necessary to achieve the objective of protecting the French language and reflecting the reality of Quebec society. Indeed, the Court in that case stated, at p. 779:

The section 1 and s. 9.1 [of the Quebec *Charter*] materials do not, however, demonstrate that the requirement of the use of French only is either necessary for the achievement of the legislative objective or proportionate to it. That specific question is simply not addressed by the materials. Indeed, in his factum and oral argument the Attorney General of Quebec did not attempt to justify the requirement of the exclusive use of French. He concentrated on the reasons for the adoption of the *Charter of the French Language* and the earlier language legislation, which, as was noted above, were conceded by the respondents.

By contrast, as I discussed above, the Attorney General in the present cases submitted a substantial body of documentation, drawn from national and international sources, to demonstrate that a full prohibition is rational and can be justified in a free and democratic society. I conclude that sufficient evidence was adduced to justify the Attorney General’s submission.

Proportionality Between the Effects of the Legislation and the Objective

The third part of the proportionality analysis requires a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures; see

[. . .] Le langage constitue le pont entre l’isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu’ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

À mon avis, on ne peut sérieusement avancer que la «dignité» des trois grandes sociétés dont les droits sont violés en l’espèce est de quelque façon comparable à celle de groupes minoritaires comme dans l’arrêt *Ford*.

L’autre distinction importante entre *Ford* et les présents pourvois se rapporte à la quantité des éléments de preuve déposés à l’appui de l’exigence de l’atteinte minimale. Dans *Ford*, aucune preuve n’a été déposée pour établir que l’exclusion de toutes les langues autres que le français était nécessaire pour atteindre l’objectif de protéger la langue française et de refléter la réalité de la société québécoise. En fait, la Cour a alors dit, à la p. 779:

Toutefois, les documents se rapportant à l’article premier et à l’art. 9.1 [de la *Charte québécoise*] n’établissent pas que l’exigence de l’emploi exclusif du français est nécessaire pour atteindre l’objectif législatif ni qu’elle est proportionnée à cet objectif. Cette question précise n’est même pas abordée dans les documents. En fait, dans son mémoire et dans les arguments oraux, le procureur général du Québec n’a pas tenté de justifier l’exigence de l’emploi exclusif du français. Il a plutôt insisté sur les motifs de l’adoption de la *Charte de la langue française* et de la législation antérieure en matière linguistique, motifs qui, il faut le répéter, ne sont pas contestés par les intimées.

Par contre, comme je l’ai mentionné précédemment, le procureur général a déposé en l’espèce une preuve documentaire volumineuse, tirée de sources nationales et internationales, afin d’établir qu’une interdiction totale est rationnelle et qu’elle peut se justifier dans une société libre et démocratique. Je conclus que le procureur général a déposé une preuve suffisante pour appuyer ses observations.

Proportionnalité entre les effets de la loi et l’objectif

La troisième partie de l’analyse de la proportionnalité nécessite qu’il y ait proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéf-

Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp., [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 890-91. For the reasons I have given with respect to both the nature of the legislation and the nature of the right infringed in these cases, it is my view that the deleterious effects of this limitation, a restriction on the rights of tobacco companies to advertise products for profit that are inherently dangerous and harmful, do not outweigh the legislative objective of reducing the number of direct inducements for Canadians to consume these products.

The Unattributed Health Message Requirement

113

I now turn to the appellants' final argument, namely, that s. 9 of the Act constitutes an unjustifiable infringement of their freedom of expression by compelling them to place on tobacco packages an unattributed health message. I agree, to use Wilson J.'s phrase, that if the effect of this provision is "to put a particular message into the mouth of the plaintiff, as is metaphorically alleged to be the case here", the section runs afoul of s. 2(b) of the *Charter*; see *Lavigne, supra*, at p. 267. This view had earlier been adopted by the whole Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. There a labour arbitrator had, *inter alia*, required an employer, by way of remedy for unjustly dismissing an employee, to provide a letter of recommendation consisting only of uncontested facts found by the arbitrator. Speaking for the Court on this point, Lamer J. (as he then was) stated, at p. 1080: "freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things".

114

I add that I do not accept the distinction sought to be drawn by the Attorney General that here the statement is one of fact, not of opinion. Whatever merit this distinction may have in other contexts, the line here is too fine to warrant the distinction. I thus have no difficulty holding that the health mes-

riques des mesures; voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux pp. 890 et 891. Pour les motifs que j'ai exprimés en ce qui concerne tant la nature de la loi que celle du droit violé en l'espèce, je suis d'avis que les effets préjudiciables de la limitation, soit la restriction des droits des compagnies de tabac de faire de la publicité, dans un but commercial, sur des produits qui sont en soi dangereux et dommageables, ne l'emportent pas sur l'objectif de la loi de réduire le nombre des sources directes d'incitation à consommer ces produits faite aux Canadiens.

La nécessité de mises en garde non attribuées

Je me penche maintenant sur le dernier argument des appelantes, soit que l'art. 9 de la Loi constitue une violation injustifiable de leur liberté d'expression, les forçant à placer sur les emballages de produits du tabac un message relatif à la santé non attribué. Je conviens, pour utiliser les termes du juge Wilson, que si l'effet de cette disposition est «de faire dire des choses particulières au demandeur, pour formuler métaphoriquement l'allégation faite en l'espèce», l'article est contraire à l'al. 2b) de la *Charte*; voir *Lavigne*, précité, à la p. 267. Ce point de vue avait déjà été adopté par l'ensemble de notre Cour dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, où un arbitre avait, entre autres, exigé d'un employeur, en réparation d'un congédiement injuste, qu'il remette une lettre de recommandation ne comprenant que les faits qui, selon l'arbitre, n'avaient pas été contestés. S'exprimant au nom de la Cour sur ce point, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a affirmé à la p. 1080: «la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses».

J'ajoute que je n'accepte pas de faire la distinction que tente de faire le procureur général selon qui, en l'espèce, il s'agit d'un énoncé de fait, non d'opinion. Quel que soit le mérite que cette distinction puisse avoir dans d'autres contextes, la ligne de démarcation est en l'espèce trop ténue pour permettre cette distinction. Je n'ai par conséquent aucune difficulté à statuer que la mise en

sage is expression as that term is understood in s. 2(b).

I have, however, more fundamental problems accepting the appellants' contention that their s. 2(b) right was infringed by the requirement that a prescribed health warning must be placed on tobacco packages. It must be remembered that this statement is unattributed and I have some difficulty in seeing, in the context in which it was made, that it can in any real sense be considered to be attributed to the appellants. Simply because tobacco manufacturers are required to place unattributed warnings on their products does not mean that they must endorse these messages, or that they are perceived by consumers to endorse them. In a modern state, labelling of products, and especially products for human consumption, are subject to state regulation as a matter of course. It is common knowledge amongst the public at large that such statements emanate from the government, not the tobacco manufacturers. In this respect, there is an important distinction between messages directly attributed to tobacco manufacturers, which would create the impression that the message emanates from the appellants and would violate their right to silence, and the unattributed messages at issue in these cases, which emanate from the government and create no such impression. Seen in this way, the mandatory health warnings under s. 9 are no different from unattributed labelling requirements under the *Hazardous Products Act*, under which manufacturers of hazardous products are required to place unattributed warnings, such as "DANGER" or "POISON", and hazard symbols, such as skull and crossbones on their products; see *Consumer Chemicals and Containers Regulations*, SOR/88-556. I should add that the issue has ramifications for many other spheres of activity where individuals may in certain prescribed circumstances be required to place danger signs on facilities used by the public or on construction sites, and so on. This is not really an expression of opinion by the person in control of the facility or the construction site. It is rather a requirement

garde concernant la santé est une expression dans le sens où ce terme est entendu à l'al. 2b).

J'ai cependant beaucoup plus de difficulté à accepter la prétention des appelantes selon laquelle le droit que leur garantit l'al. 2b) a été violé par l'obligation d'inscrire une mise en garde particulière sur les emballages de produits du tabac. Il faut se rappeler que cet énoncé est non attribué, et je peux difficilement voir comment, dans le contexte où il a été fait, il pourrait, en réalité, être attribué aux appelantes. Le simple fait que les fabricants de produits du tabac sont tenus d'inscrire des mises en garde non attribuées sur leurs produits ne signifie pas qu'ils doivent souscrire à ces messages, ou qu'ils sont perçus par les consommateurs comme y souscrivant. Dans un État moderne, il est du cours normal des choses que l'étiquetage des produits, et particulièrement des produits destinés à la consommation humaine, soit soumis à la réglementation de l'État. Le public sait bien que ces messages émanent du gouvernement, et non des fabricants des produits du tabac. Ainsi, il y a une importante distinction à faire entre les messages directement attribués aux fabricants de produits du tabac, qui créeraient l'impression qu'ils émanent des appelantes et violeraient leur droit de garder le silence, et les messages non attribués en litige dans les présents pourvois, qui émanent du gouvernement et qui ne créent pas pareille impression. Vues de cette façon, les mises en garde exigées par l'art. 9 ne sont pas différentes des exigences en matière d'inscription de messages non attribués imposées par la *Loi sur les produits dangereux*, en vertu de laquelle les fabricants de produits dangereux sont tenus d'apposer sur leurs produits des mises en garde non attribuées, telles que «DANGER» ou «POISON», et des signaux de danger, tels qu'une tête de mort et tibias croisés; voir le *Règlement sur les produits chimiques et contenant destinés aux consommateurs*, DORS/88-556. Je crois devoir dire que la question s'étend à de nombreux autres domaines d'activités où des personnes peuvent, dans certaines circonstances particulières, avoir à placer des mises en garde dans des lieux fréquentés par le public, ou sur un chantier de construction et ainsi de suite. Il ne s'agit pas réellement d'une expression d'opinion de la part de la personne res-

imposed by the government as a condition of participating in a regulated activity.

ponsable du lieu public ou du chantier de construction. Il s'agit plutôt d'une exigence imposée par le gouvernement comme condition de la participation à une activité réglementée.

116

Even if I were of the view that there was an infringement, I am firmly convinced that it is fully justifiable under s. 1. Once again, I stress the importance of context in the s. 1 analysis. The appellants are large corporations selling a product for profit which, on the basis of overwhelming evidence, is dangerous, yet maintain the right to engage in "counterspeech" against warnings which do nothing more than bring the dangerous nature of these products to the attention of consumers. Given that the objective of the unattributed health message requirement is simply to increase the likelihood that every literate consumer of tobacco products will be made aware of the risks entailed by the use of that product, and that these warnings have no political, social or religious content, it is clear that we are a long way in this context from cases where the state seeks to coerce a lone individual to make political, social or religious statements without a right to respond. I believe a lower level of constitutional scrutiny is justified in this context. These cases seem to me to be a far more compelling situation than *Slaight, supra*, where a majority of the Court held the infringement there was justified under s. 1. The *Charter* was essentially enacted to protect individuals, not corporations. It may, at times it is true, be necessary to protect the rights of corporations so as to protect the rights of the individual. But I do not think this is such a case, and I again draw inspiration from the statement of Dickson C.J. in *Edwards Books, supra*, at p. 779, that the courts must ensure that the *Charter* not become simply an instrument "of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons".

Même si j'étais d'avis qu'il y a violation, je suis tout à fait convaincu qu'elle serait justifiable au regard de l'article premier. Une fois encore, j'insiste sur l'importance du contexte dans l'analyse fondée sur l'article premier. Les appelantes sont de grandes sociétés qui vendent un produit qui leur rapporte un bénéfice et qui est, sur la foi d'une preuve écrasante, dangereux. Elle n'en revendiquent pas moins le droit de tenir un «contre-discours» contre des mises en garde, qui ne font rien de plus que d'attirer l'attention des consommateurs sur la nature dangereuse de ces produits. Étant donné que, d'une part, l'objectif visé par l'exigence d'apposer une mise en garde non attribuée est simplement d'accroître la probabilité que tout consommateur de produits du tabac qui sait lire sera mis au courant des risques rattachés à l'usage de ces produits, et que, d'autre part, ces mises en garde n'ont aucun contenu politique, social ou religieux, il est clair que nous sommes loin, dans ce contexte, de la situation où l'État tente de forcer un particulier isolé à faire des déclarations politiques, sociales ou religieuses, sans droit de réplique. Je crois qu'en l'occurrence l'analyse constitutionnelle n'a pas à être aussi approfondie. En effet, il me semble qu'elle présente une situation bien plus convaincante que celle de l'arrêt *Slaight*, précité, où, notre Cour à la majorité a conclu que la violation en question était justifiée au regard de l'article premier. Essentiellement, la *Charte* a été adoptée pour protéger les particuliers, non les personnes morales. Il se peut qu'il faille parfois protéger les droits des personnes morales afin de protéger les droits des particuliers. Mais je ne crois pas que ce soit le cas ici et, une fois de plus, je m'inspire d'une affirmation du juge en chef Dickson dans *Edwards Books*, précité, à la p. 779, selon laquelle les tribunaux doivent s'assurer que la *Charte* ne devienne pas simplement un instrument dont se serviront «les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés».

In my view, the requirement that health warnings must be unattributed is also proportional to the objective of informing consumers about the risks of tobacco use. Unattributed warnings are rationally connected to this objective because they increase the visual impact of the warning. It is not difficult to see that bold unattributed messages on a tobacco package (such as, for example, "SMOKING CAN KILL YOU") are more striking to the eye than messages cluttered by subtitles and attributions. Moreover, the attribution of the warnings also tends to dilute the factual impact of the messages. As Brossard J.A. observed, at p. 383:

... it seems to me to leap to the eye that an "attributed" message can quickly become meaningless, or even ridiculous.

As an example, the message that is supposed to come from the "Surgeon-General" remains a message imputed to an abstract entity or a political body which obviously cannot by simple decree make something hazardous that otherwise would not be. This, it seems to me, rationally weakens and attenuates the message.

These considerations are particularly relevant with respect to Parliament's goal of protecting children, who constitute the largest single group of new smokers every year in this country. In a report submitted at trial ("A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents", *supra*) Dr. Michael J. Chandler observed that adolescents are apt to disregard or disobey messages from perceived authority figures. On this basis, he concluded that attributed warnings would be less effective in deterring adolescents from smoking. He stated, at p. 19:

Adolescents are predisposed, as a function of their persistent cognitive immaturity, to view public disagreements between "experts" as evidence that everything is simply a matter of subjective opinion, and a licence to "do their own thing". A warning by Health and Welfare Canada on a publicly advertised product would provide them with just the sort of evidence they feel is required to justify doing whatever impulsive thing occurs to them at the moment.

À mon avis, l'exigence de non-attribution des mises en garde est également proportionnelle à l'objectif d'informer les consommateurs sur les risques de l'usage du tabac. Les mises en garde non attribuées ont un lien rationnel avec cet objectif en ce qu'elles accroissent l'effet visuel de la mise en garde. Il n'est pas difficile de voir que les messages directs non attribués (tels que «FUMER PEUT VOUS TUER») sont plus frappants visuellement que les messages encombrés de sous-titres et d'attributions. De plus, l'attribution des mises en garde a aussi tendance à diluer l'incidence factuelle du message. Comme l'a fait observer le juge Brossard, à la p. 437:

Il me paraît [...] «sauter aux yeux» qu'un message «imputé» peut rapidement devenir sans signification, sinon même être tourné au ridicule.

À titre d'exemple, le message que l'on veut imputer au Surgeon General demeure un message imputé à une abstraction ou à un corps politique qui ne saurait évidemment rendre dangereux, par simple décret, ce qui ne le serait pas autrement. Le message me semble alors rationnellement affaibli et atténué.

Ces considérations sont particulièrement pertinentes en ce qui concerne le but du Parlement de protéger les enfants, qui constituent à eux seuls le plus grand groupe de nouveaux fumeurs chaque année au pays. Dans un rapport déposé au procès («A Report on the Special Vulnerabilities of Children and Adolescents», *op. cit.*), Michael J. Chandler, fait observer que les adolescents ont tendance à ne pas porter attention ou à désobéir aux messages émanant de ce qu'ils perçoivent comme des représentants de l'autorité. Il en conclut donc que les mises en garde attribuées seraient moins efficaces pour ce qui est de décourager les adolescents de fumer. Il affirme, à la p. 19:

[TRADUCTION] Les adolescents sont prédisposés, en raison de leur immaturité sur le plan cognitif, à voir les divergences publiques entre «experts» comme la preuve que tout n'est qu'une question d'opinion subjective et qu'ils peuvent par conséquent «faire comme ils veulent». Une mise en garde de Santé et Bien-être social Canada apposée sur un produit faisant l'objet de publicité leur fournirait tout juste l'excuse qu'ils attendent pour se justifier de faire tout ce qui leur passe par la tête.

118

Thus, although the unattributed health warning requirement precludes large corporations from disseminating on their product packages the view that tobacco products are not harmful, I believe that any concern arising from this technical infringement of their rights is easily outweighed by the pressing health concerns raised by tobacco consumption. As noted by Dickson C.J. in *Edwards Books, supra*, at p. 759, the *Charter* does not require the elimination of “minuscule” constitutional burdens, and legislative action that increases the costs of exercising a right need not be prohibited if the burden is “trivial” or “insubstantial”. In these cases, the only cost associated with the unattributed warning requirement is a potential reduction in profits. In my view, this is a cost that manufacturers of dangerous products can reasonably be expected to bear, given the health benefits of effective health warnings. As I stated in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 506-7:

In a modern industrial society, it is generally accepted that many activities in which individuals can engage must nevertheless to a greater or lesser extent be regulated by the state to ensure that the individual's pursuit of his or her self-interest is compatible with the community's interest in the realization of collective goals and aspirations.

Disposition

119

I would dismiss the appeals with costs. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20, wholly or in part within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?

Par conséquent, bien que l'exigence des mises en garde non attribuées empêche les grandes sociétés de répandre l'idée par leurs emballages que les produits du tabac ne sont pas dangereux, je crois que toute inquiétude engendrée par cette violation de pure forme de leurs droits ne fait pas le poids devant les préoccupations pour la santé que fait surgir la consommation du tabac. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans *Edwards Books*, précité, à la p. 759, la *Charte* ne nécessite pas l'élimination des «infime[s]» inconvénients affectant des droits constitutionnels, et une loi qui accroît le coût de l'exercice d'un droit ne doit pas être déclarée inopérante si l'inconvénient est «négligeable» ou «insignifiant». Dans les présents pourvois, le seul coût lié à l'exigence d'une mise en garde non attribuée est une possible réduction des bénéfices. À mon avis, on peut raisonnablement s'attendre à ce que ce coût soit supporté par les fabricants de produits dangereux, compte tenu des avantages pour la santé de mises en garde efficaces. Comme je l'ai affirmé 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. 506 et 507:

Dans une société industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus ou moins réglementées par l'État pour veiller à ce que la poursuite des intérêts des particuliers soit compatible avec les intérêts de la collectivité dans la réalisation des buts et des aspirations collectifs.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens et de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

1. La *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20, relève-t-elle, en tout ou en partie, de la compétence du Parlement du Canada de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l'art. 91, ou en matière de droit criminel suivant le par. 91(27), de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou autrement?

Answer: The *Tobacco Products Control Act* is wholly within the legislative competence of Parliament and is validly enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. It is not necessary to consider whether Parliament may validly enact the Act under its power to make laws for the peace, order and good government of Canada.

2. Is the *Tobacco Products Control Act* wholly or in part inconsistent with the right of freedom of expression as set out in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, does it constitute a reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof?

Answer: The Act is inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*, but constitutes a reasonable limit to that right under s. 1 thereof.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I agree with Justice Major that the impugned legislation is not validly enacted under the criminal law power. In other respects, I concur in the reasons of Justice McLachlin.

The following are the reasons delivered by

CORY J. — Although I am in accordance with the reasons and conclusions of Justice La Forest, I am also in agreement with the reasons of Justice Iacobucci in so far as they declare a suspension of invalidity for one year.

The following is the judgment delivered by

MCLACHLIN J. — At issue in these cases is the validity of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 (the “Act”), a law which imposes a ban on all advertising of tobacco products in the Canadian media and requires tobacco manufacturers to

Réponse: La *Loi réglementant les produits du tabac* est entièrement du ressort législatif du Parlement et elle a été validement adoptée en vertu du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel conféré par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n’y a pas lieu de déterminer si le Parlement peut valablement adopter la Loi en vertu de son pouvoir de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement au Canada.

2. La *Loi réglementant les produits du tabac* est-elle, en tout ou en partie, incompatible avec la liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l’affirmative, apporte-t-elle une limite raisonnable à l’exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l’article premier de la *Charte*?

Réponse: La Loi est incompatible avec l’al. 2b) de la *Charte*, mais elle apporte une limite raisonnable à l’exercice de ce droit au sens de l’article premier de la *Charte*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Tout comme le juge Major, j’estime que la loi contestée n’a pas été validement adoptée dans le cadre de la compétence en matière de droit criminel. À tous autres égards, je souscris aux motifs du juge McLachlin. 120

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY — Bien que je sois d’accord avec les motifs et les conclusions du juge La Forest, je suis également d’accord avec les motifs du juge Iacobucci dans la mesure où ils préconisent une suspension de l’effet de l’invalidité pour une période d’un an. 121

Version française du jugement rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Les présents pourvois portent sur la validité de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20 (la «Loi»), qui interdit toute publicité en faveur des produits du tabac dans les médias canadiens et exige que les 122

print unattributed health warnings on the packages of all tobacco products.

fabricants de ces produits apposent des mises en garde non attribuées sur les emballages de tous les produits du tabac.

123 The first issue is whether Parliament had the power to enact the ban and warning requirements, given that advertising and promotion of particular industries generally are matters of provincial competence. I agree with my colleague, Justice La Forest, that Parliament may impose advertising bans and require health warnings on tobacco products under its criminal law power.

La première question est de savoir si le Parlement avait la compétence pour adopter cette interdiction et les exigences relatives aux mises en garde, puisque la publicité et la promotion d'industries particulières sont généralement des questions de compétence provinciale. À l'instar de mon collègue le juge La Forest, je suis d'avis que, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut imposer des interdictions sur la publicité et exiger l'apposition de mises en garde sur les produits du tabac.

124 The second issue is whether the ban and warning requirements violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The *Charter* guarantees free expression, a guarantee which has been held to extend to commercial speech such as advertising: see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; and *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232. I agree with La Forest J. that the prohibition on advertising and promotion of tobacco products constitutes a violation of the right to free expression as the Attorney General conceded. Unlike La Forest J., I take the view that s. 9 of the Act, which requires tobacco manufacturers to place an unattributed health warning on tobacco packages, also infringes the right of free expression. As La Forest J. notes in para. 113, this Court has previously held that "freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things": *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1080, *per* Lamer J. (as he then was). Under s. 9(2), tobacco manufacturers are prohibited from displaying on their packages any writing other than the name, brand name, trade mark, and other information required by legislation. The combination of the unattributed health warnings and the prohibition against displaying any other information which would allow tobacco manufacturers to express their own views, constitutes an infringe-

La deuxième question est de savoir si l'interdiction et les exigences relatives aux mises en garde vont à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La *Charte* garantit la liberté d'expression, et cette garantie a été interprétée comme incluant le discours commercial, comme la publicité; voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232. Je conviens avec le juge La Forest que l'interdiction imposée sur la publicité et la promotion des produits du tabac constitue une violation du droit à la liberté d'expression, comme l'a admis le procureur général. Contrairement au juge La Forest, je suis d'avis que l'art. 9 de la Loi, qui exige que les fabricants apposent sur les produits du tabac des messages non attribués relatifs à la santé, porte également atteinte au droit à la liberté d'expression. Comme le juge La Forest le souligne, au par. 113, notre Cour a déjà statué que «la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses»: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1080, le juge Lamer (maintenant Juge en chef). En vertu du par. 9(2), il est interdit aux fabricants de tabac d'apposer sur l'emballage d'un produit du tabac des mentions autres que la désignation, le nom et toute marque de celui-ci ainsi que les renseignements prévus par

ment of the right to free expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

The only remaining question is whether these infringements of the right of free expression are saved under s. 1 of the *Charter*, as being reasonable and “demonstrably justified in a free and democratic society”. Acknowledging that the evidence of justification is problematic, La Forest J. concludes that it nevertheless suffices to justify the infringement of the right of free expression, given the importance of the legislative goal, the context of the law and the need to defer to Parliament on such an important and difficult issue. With respect, I cannot agree. I share the trial judge’s view that the Attorney General of Canada has failed to establish justification under s. 1 for ss. 4, 8 and 9 of the Act, those provisions which impose a total advertising ban, prohibit trade mark usage on articles other than tobacco products and mandate the use of unattributed health warnings on tobacco packaging. Because I do not believe that these provisions are severable from ss. 5 and 6 of the Act, which pertain to restrictions on promotion and trade mark usage, I find ss. 4, 5, 6, 8, and 9 to be invalid, leaving the remainder of the Act intact except in so far as it relates to the invalid provisions.

1. The Test for Justification under Section 1 of the *Charter*

(a) *The Wording of Section 1*

I agree with La Forest J. that “[t]he appropriate ‘test’ . . . in a s. 1 analysis is that found in s. 1 itself” (para. 62). The ultimate issue is whether the infringement is reasonable and “demonstrably justified in a free and democratic society”. The jurisprudence laying down the dual considerations of importance of objective and proportionality between the good which may be achieved by the

une loi. Les mises en garde non attribuées, conjuguées à l’interdiction d’apposer tout autre renseignement qui permettrait aux fabricants de tabac d’exprimer leurs points de vue, constituent une violation de la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte*.

La dernière question est de savoir si ces violations du droit à la liberté d’expression sont sauvegardées en vertu de l’article premier de la *Charte*, comme étant des limites raisonnables «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». Reconnaisant que la preuve de la justification présente des problèmes, le juge La Forest conclut qu’elle suffit néanmoins à justifier la violation du droit à la liberté d’expression compte tenu de l’importance de l’objectif législatif, du contexte de la loi et de la nécessité d’avoir de l’égard pour le Parlement relativement à une question si importante et difficile. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Tout comme le juge de première instance, j’estime que le procureur général du Canada n’a pas réussi à établir une justification en vertu de l’article premier pour les art. 4, 8 et 9 de la Loi, dispositions qui interdisent totalement la publicité, proscrirent l’utilisation de marques sur des articles autres que les produits du tabac et exigent l’apposition sur les emballages de mises en garde non attribuées. Puisque ces dispositions ne sont pas, à mon avis, dissociables des art. 5 et 6 de la Loi, qui portent sur les restrictions en matière de promotion et d’usage de marques, je conclus que les art. 4, 5, 6, 8 et 9 ne sont pas valides et que le reste de la Loi demeure inchangé, sauf dans la mesure où il se rapporte aux dispositions invalidées.

1. Le critère de la justification en vertu de l’article premier de la *Charte*

a) *Le libellé de l’article premier*

Je suis d’accord avec le juge La Forest pour dire que: «[I]e «critère» approprié applicable à une analyse fondée sur l’article premier se trouve dans la disposition même» (par. 62). Il s’agit en fin de compte de savoir si la violation se situe à l’intérieur de limites raisonnables «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». Dans la jurisprudence por-

law and the infringement of rights it works, may be seen as articulating the factors which must be considered in determining whether a law that violates constitutional rights is nevertheless “reasonable” and “demonstrably justified”. If the objective of a law which limits constitutional rights lacks sufficient importance, the infringement cannot be reasonable or justified. Similarly, if the good which may be achieved by the law pales beside the seriousness of the infringement of rights which it works, that law cannot be considered reasonable or justified. While sharing *La Forest J.*'s view that an overtechnical approach to s. 1 is to be eschewed, I find no conflict between the words of s. 1 and the jurisprudence founded upon *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The latter complements the former.

tant sur la double considération que sont l'importance de l'objectif et le critère de la proportionnalité entre le bien que vise la loi et la violation des droits à laquelle elle donne lieu, les tribunaux forment les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si l'atteinte qu'une loi porte aux droits garantis par la Constitution se situe néanmoins à l'intérieur de limites «raisonnables» «dont la justification [peut] se démontrer». Si l'objectif d'une loi qui restreint les droits garantis par la Constitution n'est pas suffisamment important, l'atteinte ne peut être ni raisonnable ni justifiée. De même, si le bien visé par la loi perd de son importance par rapport à la gravité de l'atteinte aux droits qui s'ensuit, on ne peut considérer que cette loi soit raisonnable ou justifiée. Je conviens avec le juge *La Forest* qu'il faut s'abstenir de faire une analyse trop technique fondée sur l'article premier; cependant, il n'existe pas, à mon avis, d'incompatibilité entre le libellé de l'article premier et la jurisprudence fondée sur l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, celle-ci venant compléter l'article premier.

127 This said, there is merit in reminding ourselves of the words chosen by those who framed and agreed upon s. 1 of the *Charter*. First, to be saved under s. 1 the party defending the law (here the Attorney General of Canada) must show that the law which violates the right or freedom guaranteed by the *Charter* is “reasonable”. In other words, the infringing measure must be justifiable by the processes of reason and rationality. The question is not whether the measure is popular or accords with the current public opinion polls. The question is rather whether it can be justified by application of the processes of reason. In the legal context, reason imports the notion of inference from evidence or established truths. This is not to deny intuition its role, or to require proof to the standards required by science in every case, but it is to insist on a rational, reasoned defensibility.

Cela dit, il importe de se remémorer les termes mêmes choisis par ceux qui ont rédigé et approuvé l'article premier de la *Charte*. Premièrement, pour qu'une disposition puisse être sauvegardée en vertu de l'article premier, la partie qui défend la loi (en l'espèce le procureur général du Canada) doit établir que la loi qui porte atteinte au droit ou à la liberté garantis par la *Charte* est «raisonnable». En d'autres termes, la mesure attentatoire doit être justifiable par application de la raison et de la rationalité. La question n'est pas de savoir si la mesure est populaire ou compatible avec les sondages d'opinion publique. Elle est plutôt de savoir si cette mesure peut être justifiée par l'application du processus de la raison. Dans le contexte juridique, la raison comporte la notion d'inférence à partir de la preuve ou des faits établis. Il ne s'agit pas d'éliminer le rôle de l'intuition, ni d'exiger chaque fois une preuve répondant aux normes scientifiques, mais bien d'insister sur une défense rationnelle et raisonnée.

128 Second, to meet its burden under s. 1 of the *Charter*, the state must show that the violative law

Deuxièmement, pour s'acquitter du fardeau que lui impose l'article premier de la *Charte*, l'État

is “demonstrably justified”. The choice of the word “demonstrably” is critical. The process is not one of mere intuition, nor is it one of deference to Parliament’s choice. It is a process of demonstration. This reinforces the notion inherent in the word “reasonable” of rational inference from evidence or established truths.

The bottom line is this. While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement. It is the task of the courts to maintain this bottom line if the rights conferred by our constitution are to have force and meaning. The task is not easily discharged, and may require the courts to confront the tide of popular public opinion. But that has always been the price of maintaining constitutional rights. No matter how important Parliament’s goal may seem, if the state has not demonstrated that the means by which it seeks to achieve its goal are reasonable and proportionate to the infringement of rights, then the law must perforce fail.

(b) *The Factors to be Considered under Section 1*

The factors generally relevant to determining whether a violative law is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society remain those set out in *Oakes*. The first requirement is that the objective of the law limiting the *Charter* right or freedom must be of sufficient importance to warrant overriding it. The second is that the means chosen to achieve the objective must be proportional to the objective and the effect of the law — proportionate, in short, to the good which it may produce. Three matters are considered in determining proportionality: the measures chosen must be rationally connected to the objective; they must impair the guaranteed right or free-

doit établir que la violation comprise dans une loi se situe à l’intérieur de limites «dont la justification puisse se démontrer». Le choix de l’expression «puisse se démontrer» est important. Il ne s’agit pas de procéder par simple intuition, ou d’affirmer qu’il faut avoir de l’égard pour le choix du Parlement. Il s’agit d’un processus de démonstration. Cela renforce la notion propre au terme «raisonnable» selon laquelle il faut tirer une inférence rationnelle de la preuve ou des faits établis.

La démarche fondamentale est la suivante. Bien qu’ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu’il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l’État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation. Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre constitution soient opérants. Ce n’est pas une tâche facile, et les tribunaux devront peut-être affronter le courant d’opinion publique. Cependant, c’est depuis toujours le prix du maintien des droits constitutionnels. Si important que puisse sembler l’objectif du Parlement, si l’État n’a pas démontré que les moyens qu’il utilise pour atteindre son objectif sont raisonnables et proportionnels à la violation des droits, la loi doit alors par nécessité être déclarée non valide.

b) *Les facteurs à examiner sous le régime de l’article premier*

Les facteurs énoncés dans l’arrêt *Oakes* demeurent les facteurs généralement pertinents pour déterminer si une limite prévue dans une loi est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Premièrement, l’objectif de la loi qui restreint un droit ou une liberté garantis par la *Charte* doit être suffisamment important pour justifier sa suppression. Deuxièmement, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent être proportionnels à l’objectif et à l’effet de la loi — en bref, proportionnels au bien qu’elle vise. Dans la détermination de la proportionnalité, il faut tenir compte de trois points: les mesures choisies doi-

129

130

dom as little as reasonably possible (minimal impairment); and there must be overall proportionality between the deleterious effects of the measures and the salutary effects of the law.

(c) *Applying the Oakes Factors — Context, Deference to Parliament, Standard of Proof and the Trial Judge's Findings*

131 Having set out the criteria determinative of whether a law that infringes a guaranteed right or freedom is justified under s. 1, La Forest J. offers observations on the approach the courts should use in applying them.

132 His first point is that the *Oakes* test must be applied flexibly, having regard to the factual and social context of each case. I agree. The need to consider the context of the case has been accepted since Wilson J. propounded it in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. This "sensitive, case-oriented approach" was affirmed in *Rocket, supra*, which also concerned a law limiting advertising. There I wrote at pp. 246-47:

While the Canadian approach does not apply special tests to restrictions on commercial expression, our method of analysis does permit a sensitive, case-oriented approach to the determination of their constitutionality. Placing the conflicting values in their factual and social context when performing the s. 1 analysis permits the courts to have regard to special features of the expression in question. As Wilson J. notes in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, not all expression is equally worthy of protection. Nor are all infringements of free expression equally serious.

133 That the s. 1 analysis takes into account the context in which the particular law is situate should

vent avoir un lien rationnel avec l'objectif; elles doivent restreindre aussi peu que cela est raisonnablement possible le droit ou la liberté garantis (atteinte minimale), et il doit exister une proportionnalité globale entre les effets préjudiciables des mesures et les effets salutaires de la loi.

c) *Application des facteurs de l'arrêt Oakes — Contexte, égard envers le Parlement, norme de preuve et conclusions du juge de première instance*

Après avoir formulé les critères qui servent à déterminer si une loi qui porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis se justifie en vertu de l'article premier, le juge La Forest fait des observations sur la méthode que les tribunaux devraient utiliser lorsqu'ils les appliquent.

Il fait tout d'abord remarquer que le critère formulé dans l'arrêt *Oakes* doit être appliqué avec souplesse, compte tenu du contexte factuel et social de chaque cas particulier. Je suis d'accord. La nécessité de tenir compte du contexte de chaque cas particulier est acceptée depuis que le juge Wilson l'a proposée dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Cette «méthode d'analyse [. . .] avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier» a été confirmée dans l'arrêt *Rocket*, précité, qui portait également sur une loi restreignant la publicité. Dans cet arrêt, j'affirme, aux pp. 246 et 247:

Bien que la méthode canadienne ne consiste pas à appliquer des critères spéciaux aux restrictions imposées à l'expression commerciale, notre méthode d'analyse permet d'aborder la détermination de leur constitutionnalité avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier. En situant les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l'expression en question. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection. Toutes les violations de la liberté d'expression ne sont pas également graves.

Il n'est pas vraiment étonnant que l'analyse fondée sur l'article premier tienne compte du contexte

hardly surprise us. The s. 1 inquiry is by its very nature a fact-specific inquiry. In determining whether the objective of the law is sufficiently important to be capable of overriding a guaranteed right, the court must examine the actual objective of the law. In determining proportionality, it must determine the actual connection between the objective and what the law will in fact achieve; the actual degree to which it impairs the right; and whether the actual benefit which the law is calculated to achieve outweighs the actual seriousness of the limitation of the right. In short, s. 1 is an exercise based on the facts of the law at issue and the proof offered of its justification, not on abstractions.

However, while the impugned law must be considered in its social and economic context, nothing in the jurisprudence suggests that the contextual approach reduces the obligation on the state to meet the burden of demonstrating that the limitation on rights imposed by the law is reasonable and justified. Context is essential in determining legislative objective and proportionality, but it cannot be carried to the extreme of treating the challenged law as a unique socio-economic phenomenon, of which Parliament is deemed the best judge. This would be to undercut the obligation on Parliament to justify limitations which it places on *Charter* rights and would be to substitute *ad hoc* judicial discretion for the reasoned demonstration contemplated by the *Charter*.

Related to context is the degree of deference which the courts should accord to Parliament. It is established that the deference accorded to Parliament or the legislatures may vary with the social context in which the limitation on rights is imposed. For example, it has been suggested that greater deference to Parliament or the Legislature may be appropriate if the law is concerned with the competing rights between different sectors of society than if it is a contest between the individual and the state: *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 993-94; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at p. 521. However, such distinctions

dans lequel se situe la loi en question. L'examen fondé sur l'article premier est, de par sa nature même, un examen spécifique des faits. Pour déterminer si l'objectif de la loi est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti, le tribunal doit examiner le véritable objectif de la loi. Dans l'examen de la proportionnalité, le tribunal doit déterminer quel est le lien qui existe entre l'objectif de la loi et ce que cette loi réussira effectivement à accomplir, dans quelle mesure la loi restreint le droit en question et, enfin, si l'avantage que la loi vise l'emporte sur la gravité de la restriction du droit. Bref, l'évaluation en vertu de l'article premier est un exercice fondé sur les faits de la loi en cause et sur la preuve de sa justification, et non sur des abstractions.

Cependant, bien que la loi contestée doive être examinée dans son contexte social et économique, la jurisprudence n'indique aucunement que l'analyse contextuelle diminue l'obligation qu'a l'État de démontrer que la restriction des droits est raisonnable et justifiée. Le contexte est essentiel dans la détermination de l'objectif législatif et de la proportionnalité, mais on ne peut pousser son importance à l'extrême et considérer ainsi la loi contestée comme un phénomène socio-économique unique, dont le Parlement est réputé le meilleur juge. On se trouverait ainsi à atténuer l'obligation imposée au Parlement de justifier les restrictions qu'il apporte aux droits garantis par la *Charte*, et à remplacer la démonstration raisonnée envisagée par la *Charte* par l'exercice du pouvoir discrétionnaire *ad hoc* d'un tribunal.

Relié au contexte, il y a le degré de respect dont les tribunaux doivent faire preuve envers le Parlement. Il est bien établi que le respect accordé au Parlement ou aux législatures peut varier en fonction du contexte social dans lequel est imposée la restriction aux droits. Par exemple, on a affirmé qu'il y aurait lieu de faire preuve d'un plus grand respect pour le législateur fédéral ou provincial dans le cas où une loi vise les droits contradictoires de divers secteurs de la société, que dans le cas où il s'agit d'une contestation entre le particulier et l'État: *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3

134

135

may not always be easy to apply. For example, the criminal law is generally seen as involving a contest between the state and the accused, but it also involves an allocation of priorities between the accused and the victim, actual or potential. The cases at bar provide a cogent example. We are concerned with a criminal law, which pits the state against the offender. But the social values reflected in this criminal law lead *La Forest J.* to conclude that “the Act is the very type of legislation to which this Court has generally accorded a high degree of deference” (para. 70). This said, I accept that the situation which the law is attempting to redress may affect the degree of deference which the court should accord to Parliament’s choice. The difficulty of devising legislative solutions to social problems which may be only incompletely understood may also affect the degree of deference that the courts accord to Parliament or the Legislature. As I wrote in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at p. 248, “some deference must be paid to the legislators and the difficulties inherent in the process of drafting rules of general application. A limit prescribed by law should not be struck out merely because the Court can conceive of an alternative which seems to it to be less restrictive”.

136

As with context, however, care must be taken not to extend the notion of deference too far. Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament’s choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament’s

R.C.S. 483, à la p. 521. Cependant, ces distinctions pourraient ne pas être toujours faciles d’application. Par exemple, on considère généralement que le droit criminel opposera l’État et l’accusé; cependant, il nécessitera aussi une répartition des priorités entre l’accusé et la victime, véritable ou éventuelle. Les présents pourvois offrent un exemple convaincant. Nous sommes en présence d’une loi de nature pénale, qui oppose l’État et le contrevenant. Cependant, les valeurs sociales présentes dans cette loi amènent le juge *La Forest* à conclure que «la Loi est précisément le type de loi envers laquelle notre Cour a généralement fait preuve d’une grande retenue» (par. 70). Cela dit, je reconnais que le problème auquel la loi tente de remédier risque d’avoir une incidence sur le degré de respect dont le tribunal devrait faire preuve à l’égard du choix du Parlement. De même, la difficulté de concevoir des solutions législatives à des problèmes sociaux qui pourraient bien n’être que partiellement compris peut aussi avoir une incidence sur le degré de respect dont les tribunaux feront preuve envers le législateur fédéral ou provincial. Comme je l’ai affirmé dans l’arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, à la p. 248: «il convient d’avoir de l’égard pour les législateurs et les difficultés inhérentes au processus de rédaction des règles d’application générale. Il ne faudrait pas annuler une limite prescrite par une règle de droit tout simplement parce que le tribunal peut concevoir une autre solution qui lui semble moins restrictive».

Cependant, comme pour le contexte, il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu’au point de libérer le gouvernement de l’obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu’il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle: choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle: déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s’inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n’ont pas plus le droit que le Parlement d’abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à dimi-

view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.

Context and deference are related to a third concept in the s. 1 analysis: standard of proof. I agree with La Forest J. that proof to the standard required by science is not required. Nor is proof beyond a reasonable doubt on the criminal standard required. As the s. 1 jurisprudence has established, the civil standard of proof on a balance of probabilities at all stages of the proportionality analysis is more appropriate: *Oakes, supra*, at p. 137; *Irwin Toy, supra*, at p. 992. I thus disagree with La Forest J.'s conclusion (in para. 82) that in these cases "it is unnecessary . . . for the government to demonstrate a rational connection according to a civil standard of proof". Discharge of the civil standard does not require scientific demonstration; the balance of probabilities may be established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view: see *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311.

In summary, while I agree with La Forest J. that context, deference and a flexible and realistic standard of proof are essential aspects of the s. 1 analysis, these concepts should be used as they have been used by this Court in previous cases. They must not be attenuated to the point that they relieve the state of the burden the *Charter* imposes of demonstrating that the limits imposed on our constitutional rights and freedoms are reasonable and justifiable in a free and democratic society.

I come finally to a fourth general matter discussed by La Forest J. — the degree of deference

nuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

Dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, les concepts de contexte et de respect sont rattachés à un troisième: celui de la norme de preuve. À l'instar du juge La Forest, j'estime que la preuve n'a pas à satisfaire à la norme requise en matière scientifique. Il ne s'agit pas non plus d'une preuve hors de tout doute raisonnable comme en matière criminelle. Comme l'établit la jurisprudence relative à l'article premier, la norme de preuve qui convient, à toutes les étapes de l'analyse de la proportionnalité, est celle qui s'applique en matière civile, c'est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités: *Oakes*, précité, à la p. 137; *Irwin Toy*, précité, à la p. 992. Je ne suis donc pas d'accord avec la conclusion du juge La Forest (au par. 82) qu'«il n'est pas nécessaire [. . .] que le gouvernement fasse la preuve d'un lien rationnel selon les règles de preuve en matière civile». Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n'a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique: voir l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311.

Bref, bien que je convienne avec le juge La Forest que les concepts de contexte, de respect et d'application d'une norme de preuve souple et réaliste sont des aspects essentiels de l'analyse fondée sur l'article premier, j'estime qu'ils devraient être appliqués conformément à la jurisprudence de notre Cour. On ne doit pas en atténuer l'importance au point de libérer l'État de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions apportées à nos droits et libertés constitutionnels sont raisonnables et justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique.

J'arrive finalement à la quatrième question générale examinée par le juge La Forest: le degré

137

138

139

which appellate courts should accord to the findings of the trial judge under s. 1 of the *Charter* analysis. The trial judge in these cases concluded that the proportionality test was not met. He based this conclusion on findings that the evidence failed to establish any of the three requirements for proportionality under s. 1.

140 As a general rule, courts of appeal decline to interfere with findings of fact by a trial judge unless they are unsupported by the evidence or based on clear error. This rule is based in large part on the advantage afforded to the trial judge and denied to the appellate court of seeing and hearing the witnesses. La Forest J. concludes that this rule does not apply to the findings of the trial judge in these cases, because those findings were not “adjudicative facts” but rather were “legislative facts”.

141 While this approach sheds some light on the matter, the distinction between legislative and adjudicative facts may be harder to maintain in practice than in theory. Suffice it to say that in the context of the s. 1 analysis, more deference may be required to findings based on evidence of a purely factual nature whereas a lesser degree of deference may be required where the trial judge has considered social science and other policy oriented evidence. As a general matter, appellate courts are not as constrained by the trial judge’s findings in the context of the s. 1 analysis as they are in the course of non-constitutional litigation, since the impact of the infringement on constitutional rights must often be assessed by reference to a broad review of social, economic and political factors in addition to scientific facts. At the same time, while appellate courts are not bound by the trial judge’s findings in respect of social science evidence, they should remain sensitive to the fact that the trial judge has had the advantage of hearing competing expert testimony firsthand. The trial judge’s findings with respect to the credibility of certain witnesses may

de retenue dont une cour d’appel doit faire preuve envers les conclusions du juge de première instance dans le cadre d’une analyse fondée sur l’article premier de la *Charte*. Le juge de première instance a conclu en l’espèce que l’on n’avait pas satisfait au critère de la proportionnalité. À cette fin, il s’est fondé sur sa conclusion que la preuve n’établissait aucune des trois exigences du critère de la proportionnalité en vertu de l’article premier.

En règle générale, une cour d’appel refuse de modifier les conclusions de fait du juge de première instance, sauf si ces conclusions ne s’appuient pas sur la preuve ou sont fondées sur une erreur manifeste. Cette règle repose en grande partie sur l’avantage dont bénéficie le juge de première instance, mais non une cour d’appel, de voir et d’entendre les témoins. Le juge La Forest conclut que cette règle ne s’applique pas aux conclusions du juge de première instance, en l’espèce, parce que ces conclusions portaient non pas sur des «faits en litige», mais plutôt sur des «faits législatifs».

Bien que cette démarche clarifie quelque peu la question, la distinction entre les faits législatifs et les faits en litige pourrait bien être plus difficile à maintenir en pratique qu’en théorie. Qu’il me suffise de dire que, dans le contexte de l’analyse fondée sur l’article premier, il pourrait bien être nécessaire de faire preuve d’une plus grande retenue à l’égard de conclusions fondées sur une preuve de nature purement factuelle, qu’à l’égard de conclusions que le juge de première instance aurait tirées après l’examen de la preuve en matière de sciences humaines et d’autres questions de principe. En règle générale, dans le contexte d’une analyse fondée sur l’article premier, une cour d’appel n’est pas liée par les conclusions du juge de première instance au même degré qu’elle l’est dans le cadre d’un litige de nature non constitutionnelle, puisque l’incidence de la violation sur les droits constitutionnels doit souvent être évaluée dans le cadre d’un vaste examen de facteurs sociaux, économiques et politiques, qui vient s’ajouter à celui de faits scientifiques. Par ailleurs, bien qu’une cour d’appel ne soit pas liée par les

be useful when the appeal court reviews the record.

Against this background, I return to the cases at bar and the factors for s. 1 justification discussed in *Oakes*.

(d) *The Objective of the Limit on Free Expression*

The question at this stage is whether the objective of the infringing measure is sufficiently important to be capable in principle of justifying a limitation on the rights and freedoms guaranteed by the constitution. Given the importance of the *Charter* guarantees, this is not easily done. To meet the test, the objective must be one of pressing and substantial importance.

Care must be taken not to overstate the objective. The objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the infringing measure, since it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified. If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised. As my colleague has noted, the *Tobacco Products Control Act* is but one facet of a complex legislative and policy scheme to protect Canadians from the health risks of tobacco use. However, the objective of the impugned measures themselves is somewhat narrower than this. The objective of the advertising ban and trade mark usage restrictions must be to prevent people in Canada from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products. The objective of the mandatory package warning must be to discourage people who see the package from tobacco use. Both constitute important objectives, although the significance of the targeted decrease in consumption is reduced by the government's estimate that despite the ban, 65 percent of the

conclusions du juge de première instance relativement à la preuve en matière de sciences humaines, elle devrait continuer d'être consciente du fait que le juge de première instance a eu l'avantage d'entendre de première main des témoignages d'experts contradictoires. Les conclusions du juge de première instance sur la crédibilité de certains témoins peuvent être utiles lorsque la cour d'appel fait l'examen du dossier.

Sur cette toile de fond, je reviens à l'examen des présents pourvois et des facteurs de justification en vertu de l'article premier, formulés dans l'arrêt *Oakes*.

d) *L'objectif de la restriction de la liberté d'expression*

À cette étape, la question est de savoir si l'objectif de la mesure attentatoire est suffisamment important pour justifier en principe une restriction des droits et libertés garantis par la Constitution. Vu l'importance des garanties de la *Charte*, ce n'est pas un exercice facile à faire. Pour satisfaire à ce critère, l'objectif doit revêtir une importance urgente et réelle.

Il faut veiller à ne pas surestimer l'objectif. Aux fins d'une analyse fondée sur l'article premier, l'objectif pertinent est l'objectif de la mesure attentatoire puisque c'est cette dernière et rien d'autre que l'on cherche à justifier. Si l'on formule l'objectif d'une façon trop large, on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse. Comme mon collègue l'a fait remarquer, la *Loi réglementant les produits du tabac* ne constitue que l'une des facettes d'un régime complexe sur le plan de la loi et des principes destiné à protéger les Canadiens contre les méfaits de l'usage du tabac sur la santé. Cependant, l'objectif des mesures contestées est un peu plus restreint que cela. L'interdiction de publicité et les restrictions à l'usage des marques doivent viser à empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac. L'objectif de la mise en garde obligatoire doit être de dissuader les gens qui voient l'emballage de faire usage du tabac. Ces deux objectifs sont importants, mais l'ampleur de la diminution de

142

143

144

Canadian magazine market will contain tobacco advertisements, given that the ban applies only to Canadian media and not to imported publications.

145 I digress at this point to note that I do not share La Forest J.'s view (para. 66) that the trial judge erred in observing (at p. 491) that "much of the expert scientific evidence relating to the effects of tobacco on health . . . was . . . irrelevant to the case and . . . served . . . to colour the debate unnecessarily". The trial judge was simply pointing out that much of the evidence focused on a larger problem than that targeted by the legislation at issue. The critical question is not the evil tobacco works generally in our society, but the evil which the legislation addresses.

146 While the limited objective of reducing tobacco-associated health risks by reducing advertising-related consumption and providing warnings of dangers is less significant than the broad objective of protecting Canadians generally from the risks associated with tobacco use, it nevertheless constitutes an objective of sufficient importance to justify overriding the right of free expression guaranteed by the *Charter*. Even a small reduction in tobacco use may work a significant benefit to the health of Canadians and justify a properly proportioned limitation of right of free expression.

(e) *Proportionality*

(i) Findings of the Trial Judge (1991), 82 D.L.R. (4th) 449

147 The trial judge held that the impairment of rights effected by the law had not been shown to be proportionate to the objective of reducing tobacco use by eliminating advertising in Canadian media and requiring unattributed health warn-

consommation visée perd de l'importance si l'on tient compte du fait que, selon une estimation gouvernementale, 65 pour 100 des magazines vendus au Canada contiendront des annonces sur les produits du tabac, puisque l'interdiction ne vise que les médias canadiens et non les publications importées.

Je m'écarte ici du sujet pour préciser que je ne suis pas d'accord avec l'opinion du juge La Forest (par. 66) selon laquelle le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a fait observer (à la p. 2293) qu'«une grande partie de cette preuve d'expertise scientifique relativement aux effets du tabac sur la santé [. . .] était [. . .] non pertinente en l'espèce et ne servait [. . .] qu'à colorer inutilement le débat». Le juge de première instance faisait simplement ressortir que la majeure partie de la preuve portait sur un problème plus vaste que celui visé par la loi en cause. La question cruciale n'est pas le mal que le tabac cause dans l'ensemble de notre société, mais bien le mal auquel s'attaque la loi.

Bien que l'objectif restreint de diminuer les méfaits du tabac sur la santé, au moyen d'une diminution de l'usage du tabac causé par la publicité et de l'inscription de mises en garde, soit moins important que l'objectif général de protéger l'ensemble de la population canadienne contre les dangers liés à l'usage du tabac, cet objectif restreint est néanmoins suffisamment important pour justifier la suppression de la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Même une infime diminution de l'usage du tabac peut entraîner un avantage important pour la santé des Canadiens et justifier une restriction de la liberté d'expression qui respecte le critère de la proportionnalité.

e) *La proportionnalité*

(i) Les conclusions du juge de première instance, [1991] R.J.Q. 2260

Le juge de première instance a conclu que l'on n'avait pas établi que l'atteinte aux droits était proportionnelle à l'objectif de réduire l'usage du tabac par l'interdiction de la publicité dans les médias canadiens et l'inscription obligatoire de mises en

ings on tobacco packaging. In his view, none of the three requirements for proportionality under s. 1 had been established.

The first requirement is that there be a rational connection between the objective of reducing tobacco consumption and the advertising ban. Chabot J. found that the Attorney General for Canada had failed to establish on a balance of probabilities that a rational connection exists between the full prohibition on advertising and the objective of reducing tobacco consumption, describing “the connection which the state seeks to establish between health protection and tobacco advertising” as “tenuous and speculative” (p. 512). He stated (at p. 513): “[t]he virtual totality of the scientific documents in the state’s possession at the time the Act was passed do not demonstrate that a ban on advertising would affect consumption”.

The second requirement of proportionality is that the law impair the protected right as little as reasonably possible. In other words, the infringement on the right of free expression must go no further than reasonably required to achieve the legislative goal, in these cases the reduction of tobacco use caused by advertising and the absence of package warnings. The trial judge observed, at pp. 515-17, that the Attorney General had adduced no evidence that a complete ban would reduce tobacco consumption more than a partial ban, or that unattributed health warnings would be more effective than attributed health warnings. As a result, he found that the Attorney General had failed to meet the burden upon it of showing that the infringements of rights were carefully tailored to the legislative objective.

The third requirement is proportionality between the objective of the law and the limits it imposes on constitutionally guaranteed rights. Here too, Chabot J. ruled that the state had not discharged the onus upon it. In his view, the law constituted “social engineering” and “an extremely serious

garde non attribuées sur les emballages des produits du tabac. À son avis, on n’avait satisfait à aucune des trois exigences du critère de la proportionnalité dans le cadre de l’article premier.

La première exigence est qu’il y ait un lien rationnel entre l’objectif de réduire l’usage du tabac et l’interdiction de publicité. Le juge Chabot a conclu que le procureur général du Canada n’avait pas réussi à établir, suivant la prépondérance des probabilités, l’existence d’un lien rationnel entre l’interdiction totale de publicité et l’objectif de réduire l’usage du tabac, affirmant que «le lien que l’État cherche à établir entre la protection de la santé et la publicité des produits du tabac est ténu et aléatoire» (p. 2308). Il précise, à la p. 2309, que «[l]a presque totalité de la documentation scientifique en possession de l’État lors de l’adoption de la loi ne démontrait pas que le bannissement de la publicité aurait un effet sur la consommation».

La deuxième exigence du critère de la proportionnalité est que la loi restreigne le droit protégé aussi peu que cela est raisonnablement possible. En d’autres termes, la violation du droit à la liberté d’expression ne doit pas s’étendre au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif législatif, en l’occurrence, la diminution de l’usage du tabac imputable à la publicité et à l’absence de mises en garde sur les emballages. Le juge de première instance a fait remarquer, aux pp. 2310 à 2312, que le procureur général n’avait pas présenté de preuve pour établir qu’une interdiction totale réduirait l’usage du tabac davantage qu’une interdiction partielle, ou que des messages non attribués relatifs à la santé seraient plus efficaces que des messages attribués. En définitive, il a conclu que le procureur général ne s’était pas acquitté du fardeau qu’il avait d’établir que la violation des droits était soigneusement adaptée à l’objectif législatif.

La troisième exigence est qu’il doit y avoir proportionnalité entre l’objectif de la loi et les restrictions qu’elle impose aux droits garantis par la Constitution. Le juge Chabot a également conclu que l’État ne s’était pas acquitté de la charge qu’il avait. À son avis, la loi constitue un genre «d’ingé-

148

149

150

impairment of the principles inherent in a free and democratic society". This effect he found (at p. 517) to be "disproportionate to the objective of the [Act]".

151

To what extent should this Court defer to the trial judge's findings? As discussed earlier, this depends on whether the findings relate to purely factual matters or whether they relate to complex social science evidence from which it is difficult to draw firm factual and scientific conclusions. In the cases at bar, the trial lasted more than one year and a massive amount of evidence was adduced through experts and through documentary evidence on which the experts were examined. I agree with La Forest J. that it would be wrong to discard completely the trial judge's findings in these cases with respect to the credibility of witnesses and with respect to the defective methodology used in compiling the data for certain reports. In my view, Chabot J. was in a stronger position than are appellate courts to make such determinations, having listened to extensive testimony from experts on both sides of the debate. On the other hand, it may be that less deference should be accorded to the trial judge's finding that the complete ban on advertising was not rationally connected to the aim of reducing advertising-induced consumption. Much of the evidence adduced on this point was social science evidence predictive of human behaviour from which it was difficult to draw firm factual conclusions. In assessing this evidence Chabot J. erred in failing to consider factors which could suggest as a matter of logic or reason that there was, on a balance of probabilities, a rational connection between the objective and the means chosen.

152

With respect to the minimal impairment element of the proportionality analysis, I accept Chabot J.'s finding that the impugned provisions mandating a complete ban and unattributed package warnings

nierie sociale» et «une atteinte extrêmement grave aux principes inhérents d'une société libre et démocratique». Il affirme, à la p. 2312, que cet effet est «incommensurable avec l'objectif de la [Loi]».

Dans quelle mesure notre Cour devrait-elle faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge de première instance? Comme je l'ai déjà dit, il faut déterminer si les conclusions se rapportent à des questions purement factuelles ou à des éléments de preuve complexes en matière de sciences humaines à partir desquels il est difficile de tirer de solides conclusions factuelles et scientifiques. En l'espèce, le procès a duré plus d'un an et une preuve volumineuse a été présentée, que ce soit par témoignages d'expert ou par dépôt de documents sur lesquels les experts ont été interrogés. Tout comme le juge La Forest, j'estime qu'il serait erroné d'écarter complètement les conclusions du juge de première instance dans les présents pourvois relativement à la crédibilité des témoins et à la mauvaise méthodologie employée pour recueillir les données de certains rapports. À mon avis, le juge Chabot était mieux placé qu'une cour d'appel pour tirer ces conclusions puisqu'il avait entendu les longs témoignages des experts des deux parties. Par contre, il y a peut-être lieu de faire preuve d'une moins grande retenue à l'égard de la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'interdiction totale de publicité n'avait pas de lien rationnel avec l'objectif de diminution de la consommation provoquée par la publicité. La majeure partie de la preuve présentée sur ce point consistait en des données en matière de sciences humaines concernant le comportement humain prévisible, à partir desquelles il était difficile de tirer de solides conclusions factuelles. Dans l'appréciation de ces données, le juge Chabot a commis une erreur en omettant d'examiner des facteurs qui, logiquement ou rationnellement, aurait pu établir, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif et les moyens choisis.

En ce qui concerne le volet atteinte minimale de l'analyse de la proportionnalité, j'accepte la conclusion du juge Chabot voulant que les dispositions attaquées qui interdisent toute publicité et

do not minimally impair the right to free expression. Under the minimal impairment analysis, Chabot J. did not rely on problematic social science data, but on the fact that the government had adduced no evidence to show that less intrusive regulation would not achieve its goals as effectively as an outright ban. Nor had the government adduced evidence to show that attributed health warnings would not be as effective as unattributed warnings on tobacco packaging.

(ii) Rational Connection

As a first step in the proportionality analysis, the government must demonstrate that the infringements of the right of free expression worked by the law are rationally connected to the legislative goal of reducing tobacco consumption. It must show a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic. To put it another way, the government must show that the restriction on rights serves the intended purpose. This must be demonstrated on a balance of probabilities.

The causal relationship between the infringement of rights and the benefit sought may sometimes be proved by scientific evidence showing that as a matter of repeated observation, one affects the other. Where, however, legislation is directed at changing human behaviour, as in the case of the *Tobacco Products Control Act*, the causal relationship may not be scientifically measurable. In such cases, this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 777; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503. As Sopinka J. wrote of the causal link

exigent l'apposition de mises en garde non attribuées sur les emballages ne constituent pas une atteinte minimale au droit à la liberté d'expression. Dans le cadre de l'analyse de l'atteinte minimale, le juge Chabot ne s'est pas fié à des données problématiques en matière de sciences humaines mais plutôt au fait que le gouvernement n'avait pas présenté d'éléments de preuve établissant qu'un règlement moins attentatoire n'atteindrait pas ses objectifs aussi efficacement qu'une interdiction totale. Le gouvernement n'avait pas non plus présenté d'éléments de preuve pour établir que des mises en garde attribuées sur les emballages des produits du tabac ne seraient pas aussi efficaces que des mises en garde non attribuées.

(ii) Le lien rationnel

À la première étape de l'analyse de la proportionnalité, le gouvernement doit démontrer que l'atteinte à la liberté d'expression entraînée par la loi a un lien rationnel avec l'objectif législatif de réduire l'usage du tabac. Il doit établir un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l'avantage recherché. En d'autres termes, le gouvernement doit établir que la restriction des droits sert la fin visée. Cette preuve doit être faite suivant la prépondérance des probabilités.

Le lien causal entre l'atteinte aux droits et l'avantage recherché peut parfois être établi par une preuve scientifique démontrant à la suite d'une observation répétée que l'un influe sur l'autre. Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la *Loi réglementant les produits du tabac*, le lien causal pourrait bien ne pas être mesurable du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 768 et 777; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 503. Voici comment le juge Sopinka envisage le lien causal entre l'obscénité et

153

154

between obscenity and harm to society in *Butler*, at p. 502:

While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs.

le préjudice causé à la société, dans l'arrêt *Butler*, à la p. 502:

Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance.

155

The trial judge in the cases at bar found that the government had not established a rational connection between the advertising ban and unattributed warnings and a reduction in tobacco use in the first, scientific sense. The only direct or scientific evidence offered of the link between advertising bans and smoking reduction consisted of a report of the New Zealand Toxic Substances Board entitled *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion* (1989), which reviewed the effect of advertising restrictions in 33 countries and concluded that there was a correlation between the degree of restrictions imposed in each country and decline in tobacco use and of the evidence of Dr. Jeffrey Harris, affirming the accuracy of the New Zealand Report. The trial judge, after lengthy consideration, rejected this evidence. The report was found, at p. 513, to contain serious methodological errors which rendered it "for all intents and purposes devoid of any probative value". As for Dr. Harris, the trial judge found, at p. 514, that he used unreliable input data and a methodology which "led necessarily to the desired result". As noted above, these findings relating to the credibility of witnesses and the soundness of various methodological approaches fall within the scope of the trial judge's traditional and accepted expertise of weighing and evaluating competing expert testimony. They have not been seriously challenged. No reason has been cited for interfering with them. We may therefore take it that there was no direct evidence of a scientific nature showing a causal

Le juge du procès a conclu que le gouvernement n'avait pas établi de lien rationnel entre l'interdiction de publicité et les mises en garde non attribuées, d'une part, et une diminution de l'usage du tabac au sens scientifique premier, d'autre part. La seule preuve directe ou scientifique présentée quant à l'existence du lien entre l'interdiction de publicité et la diminution de l'usage du tabac était composée d'un rapport du Toxic Substances Board de la Nouvelle-Zélande, intitulé *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion* (1989), dans lequel l'organisme, après avoir examiné les effets de restrictions imposées à la publicité dans 33 pays, est arrivé à la conclusion qu'il y avait corrélation entre le degré des restrictions imposées dans chaque pays et la diminution de l'usage du tabac, ainsi que du témoignage de Jeffrey Harris, qui a confirmé l'exactitude du rapport néo-zélandais. Après un long examen, le juge de première instance a rejeté cette preuve. Il s'est dit d'avis, à la p. 2309, que ce rapport contenait des erreurs graves de méthodologie «qui le rendent à toutes fins utiles sans valeur probante». En ce qui concerne le témoignage de Harris, le juge de première instance a affirmé, à la p. 2309, qu'il s'était servi de données non fiables et que sa méthodologie «conduit nécessairement au résultat recherché». Comme je l'ai déjà fait remarquer, ces conclusions relatives à la crédibilité des témoins et à la justesse des divers processus méthodologiques relèvent de la compétence traditionnelle que l'on reconnaît au juge de première instance de faire l'appréciation de témoignages d'experts contradictoires. Ces conclusions n'ont pas été sérieusement contestées. On ne nous a donné aucune raison de les modifier. Nous pouvons en conséquence affirmer qu'il n'existait aucune preuve directe de nature scientifique de l'existence d'un lien causal

link between advertising bans and decrease in tobacco consumption.

This leaves the question of whether there is less direct evidence that suggests as a matter of “reason” or “logic” that advertising bans and package warnings lead to a reduction in tobacco use. The evidence relied upon by La Forest J. in support of rational connection falls into this category. Without duplicating his thorough review, it may be seen as consisting largely of evidence of advertising practices as well as the assumptions and conclusions of bodies concerned with reducing the health risk associated with tobacco use.

The question is whether this evidence establishes that it is reasonable or logical to conclude that there is a causal link between tobacco advertising and unattributed health warnings and tobacco use. To use the words of the Meese Commission on Pornography relied on in *Butler*, at p. 502, “would [it] be surprising . . . to find otherwise”? The government argues that it would be “surprising . . . to find otherwise”. Why would tobacco companies spend great sums on advertising if not to increase the consumption of tobacco, it asks?

To this the tobacco companies reply that their advertising is directed not at increasing the size of the total market but at obtaining a larger share of the existing market. The evidence indicates that one of the thrusts of the advertising programs of tobacco companies is securing a larger market share, but there is also evidence suggesting that advertising is used to increase the total market. For example, the Court was referred to an Imperial Tobacco Ltd. (“Imperial”) document, *Project Viking*, vol. I: *A Behavioural Model of Smoking*, a market research study carried out to determine an advertising strategy for the company. The report suggests that advertising should be directed to “expanding the market, or at the very least, forestalling its decline” by proactively recruiting new smokers and reassuring present smokers who

entre une interdiction de publicité et la diminution de l’usage du tabac.

Il reste à déterminer s’il existe une preuve moins directe qui, «rationnellement» ou «logiquement», permet d’affirmer qu’une interdiction de publicité et des mises en garde sur les emballages amènent une diminution de l’usage du tabac. Les éléments de preuve sur lesquels se fonde le juge La Forest pour conclure à l’existence d’un lien rationnel font partie de cette catégorie. Sans reprendre son examen approfondi, je constate que cette preuve se compose en grande partie de données sur les pratiques publicitaires et des hypothèses et conclusions des organismes qui se préoccupent de la diminution des méfaits de l’usage du tabac sur la santé.

La question est de savoir si cette preuve établit qu’il est raisonnable ou logique de conclure qu’il existe un lien causal entre la publicité en faveur du tabac et les mises en garde non attribuées, d’une part, et l’usage du tabac, d’autre part. Pour citer le rapport de la Commission Meese sur la pornographie, sur lequel notre Cour s’est appuyée dans l’arrêt *Butler*, à la p. 502, «[c]ela n’est guère étonnant. Le contraire le serait». Le gouvernement soutient que «[l]e contraire serait étonnant». Pourquoi, demande-t-il, les compagnies de tabac consacraient-elles tant d’argent à la publicité si ce n’est pour accroître l’usage du tabac?

À cela, les compagnies de tabac répondent que leur publicité ne vise pas à accroître la taille du marché global, mais bien à obtenir une plus grande part du marché existant. La preuve révèle que les campagnes publicitaires des compagnies de tabac visent à leur permettre d’acquérir une plus grande part du marché, mais d’autres éléments de preuve montrent qu’elles servent aussi à accroître l’ensemble du marché. Par exemple, on a soumis à notre Cour un document de la compagnie Imperial Tobacco Ltd. («Imperial»), intitulé *Project Viking*, vol. I. *A Behavioural Model of Smoking*, une étude de marché réalisée aux fins de l’établissement d’une stratégie publicitaire pour la compagnie. Ce rapport dit que la publicité devrait viser à [TRADUCTION] «faire croître la taille du marché ou, tout au moins, à prévenir son déclin» en cherchant proacti-

156

157

158

might otherwise quit in response to vigorous anti-smoking publicity. Moreover, while purely informational advertising may not increase the total market, lifestyle advertising may, as a matter of common sense, be seen as having a tendency to discourage those who might otherwise cease tobacco use from doing so. Conversely, package warnings, attributed or not, may be seen as encouraging people to reduce or cease using tobacco. All this taken together with the admittedly inconclusive scientific evidence is sufficient to establish on a balance of probabilities a link based on reason between certain forms of advertising, warnings and tobacco consumption.

vement à intéresser de nouveaux fumeurs et en rassurant les fumeurs actuels qui seraient susceptibles d'abandonner en raison de la vigoureuse publicité contre le tabac. En outre, bien que la publicité purement informative puisse ne pas donner lieu à un accroissement du marché global, la publicité de style de vie peut logiquement être considérée comme ayant une tendance à dissuader de cesser de fumer ceux qui autrement cesseraient. En revanche, les mises en garde sur les emballages, attribuées ou non, peuvent être considérées comme une façon d'inciter les gens à diminuer ou abandonner leur usage du tabac. Ces facteurs, conjugués à la preuve scientifique considérée comme non concluante, suffisent à établir, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien fondé sur la raison entre certaines formes de publicité, les mises en garde et l'usage du tabac.

159

On the other hand, there does not appear to be any causal connection between the objective of decreasing tobacco consumption and the absolute prohibition on the use of a tobacco trade mark on articles other than tobacco products which is mandated by s. 8 of the Act. There is no causal connection based on direct evidence, nor is there, in my view, a causal connection based in logic or reason. It is hard to imagine how the presence of a tobacco logo on a cigarette lighter, for example, would increase consumption; yet, such use is banned. I find that s. 8 of the Act fails the rational connection test.

Par contre, il ne paraît pas y avoir de lien causal entre l'objectif de diminution de l'usage du tabac et l'interdiction absolue quant à l'usage des marques sur des articles autres que les produits du tabac, imposée par l'art. 8 de la Loi. Il n'existe ni lien causal fondé sur une preuve directe, ni d'ailleurs à mon avis, de lien causal fondé sur la logique ou la raison. Il est difficile de s'imaginer comment la présence d'un logo sur un briquet, par exemple, permettrait d'accroître l'usage du tabac mais pourtant, cette pratique est interdite. À mon avis, l'art. 8 de la Loi ne satisfait pas au critère du lien rationnel.

(iii) Minimal Impairment

(iii) L'atteinte minimale

160

As the second step in the proportionality analysis, the government must show that the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement: see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of*

À la deuxième étape de l'analyse de la proportionnalité, le gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d'expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif. La restriction doit être «minimale», c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement

the Criminal Code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1196-97; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at pp. 1340-41; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, at pp. 1105-06. On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail.

The trial judge, as we have seen, was troubled by the fact that the government had presented no evidence showing that a less comprehensive ban on advertising would not have been equally effective, or that an attributed warning would not have been equally effective as an unattributed one.

I turn first to the prohibition on advertising contained in s. 4 of the Act. It is, as has been observed, complete. It bans all forms of advertising of Canadian tobacco products while explicitly exempting all foreign advertising of non-Canadian products which are sold in Canada. It extends to advertising which arguably produces benefits to the consumer while having little or no conceivable impact on consumption. Purely informational advertising, simple reminders of package appearance, advertising for new brands and advertising showing relative tar content of different brands — all these are included in the ban. Smoking is a legal activity yet consumers are deprived of an important means of learning about product availability to suit their preferences and to compare brand content with an aim to reducing the risk to their health.

As this Court has observed before, it will be more difficult to justify a complete ban on a form of expression than a partial ban: *Ramsden v. Peterborough (City)*, *supra*, at pp. 1105-06; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at pp. 772-73.

parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation; voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, aux pp. 1196 et 1197; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, aux pp. 1340 et 1341, et *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, aux pp. 1105 et 1106. Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide.

Comme nous l'avons vu, le juge de première instance était troublé par le fait que le gouvernement n'avait pas présenté d'éléments de preuve pour établir qu'une interdiction de publicité moins globale n'aurait pas été aussi efficace qu'une interdiction totale ou qu'une mise en garde attribuée n'aurait pas été tout aussi efficace qu'une mise en garde non attribuée.

J'examine tout d'abord l'interdiction de publicité prévue à l'art. 4 de la Loi. Comme on l'a fait remarquer, il s'agit d'une interdiction totale. Cette disposition interdit toutes les formes de publicité en faveur des produits du tabac canadiens et exclut explicitement toute publicité étrangère en faveur de produits non canadiens vendus au Canada. Elle vise toute publicité qui, pourrait-on soutenir, présente des avantages pour le consommateur, tout en n'ayant pratiquement aucune incidence sur l'usage. L'interdiction vise toute publicité purement informative, les simples notes quant à l'apparence de l'emballage, la publicité en faveur de nouvelles marques et la publicité indiquant le contenu relatif de goudron des différentes marques de tabac. Fumer est une activité légale; cependant, le consommateur est privé d'un important moyen de se renseigner sur l'offre de produits susceptibles de satisfaire à ses préférences et de comparer le contenu des produits de diverses marques dans le but de diminuer les méfaits du tabac pour sa santé.

Comme notre Cour l'a déjà fait remarquer, il sera plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que l'interdiction partielle: *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, précité, aux pp. 1105 et 1106, et *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, aux pp. 772-73.

161

162

163

The distinction between a total ban on expression, as in *Ford* where the legislation at issue required commercial signs to be exclusively in French, and a partial ban such as that at issue in *Irwin Toy*, *supra*, is relevant to the margin of appreciation which may be allowed the government under the minimal impairment step of the analysis. In *Rocket*, *supra*, the law imposed a complete advertising ban on professionals seeking to advertise their services. I concluded that while the government had a pressing and substantial objective, and while that objective was rationally connected to the means chosen, the minimal impairment requirement was not met since the government had exceeded a reasonable margin of appreciation given the need for consumers to obtain useful information about the services provided. A full prohibition will only be constitutionally acceptable under the minimal impairment stage of the analysis where the government can show that only a full prohibition will enable it to achieve its objective. Where, as here, no evidence is adduced to show that a partial ban would be less effective than a total ban, the justification required by s. 1 to save the violation of free speech is not established.

164

As noted in my analysis of rational connection, while one may conclude as a matter of reason and logic that lifestyle advertising is designed to increase consumption, there is no indication that purely informational or brand preference advertising would have this effect. The government had before it a variety of less intrusive measures when it enacted the total ban on advertising, including: a partial ban which would allow information and brand preference advertising; a ban on lifestyle advertising only; measures such as those in Quebec's *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, to prohibit advertising aimed at children and adolescents; and labelling requirements only (which Health and Welfare believed would be preferable to an advertising ban: A. J. Liston's testi-

neur général), précité, aux pp. 772 et 773. La distinction entre une interdiction totale d'une forme d'expression, comme dans l'arrêt *Ford* dans lequel la loi en cause exigeait que l'affichage commercial se fasse uniquement en français, et une interdiction partielle, comme celle dont il était question dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, est pertinente pour ce qui est du degré de latitude dont peut bénéficier le gouvernement en vertu du critère de l'atteinte minimale de l'analyse. Dans *Rocket*, précité, la loi imposait une interdiction totale de publicité aux professionnels cherchant à annoncer leurs services. J'y ai conclu que, même si le gouvernement avait un objectif urgent et réel et si cet objectif avait un lien rationnel avec les moyens choisis, l'exigence de l'atteinte minimale n'avait pas été remplie puisque le gouvernement avait excédé la latitude raisonnable dont il disposait, vu qu'il était nécessaire que les consommateurs obtiennent des renseignements utiles sur les services offerts. Une interdiction totale ne sera acceptable, sur le plan constitutionnel, en vertu du volet atteinte minimale de l'analyse que dans le cas où le gouvernement peut établir que seule une interdiction totale lui permettra d'atteindre son objectif. Si, comme en l'espèce, aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'une interdiction partielle serait moins efficace qu'une interdiction totale, on n'a pas établi la justification requise en vertu de l'article premier visant à sauvegarder la violation de la liberté d'expression.

Comme je l'ai fait remarquer dans mon analyse du lien rationnel, bien que l'on puisse conclure, de façon rationnelle et logique, que la publicité de style de vie vise à accroître la consommation, rien n'indique que la publicité purement informative ou de fidélité aux marques aurait cet effet. Au moment où il a adopté l'interdiction totale de la publicité, le gouvernement disposait de toute une gamme de mesures moins attentatoires: une interdiction partielle qui aurait permis la publicité informative et de fidélité aux marques, une interdiction de publicité de style de vie seulement, des mesures comme celles prévues dans la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, L.R.Q., ch. P-40.1, dans le but d'interdire la publicité destinée aux enfants et aux adolescents, et des exi-

mony). In my view, any of these alternatives would be a reasonable impairment of the right to free expression, given the important objective and the legislative context.

These considerations suggest that the advertising ban imposed by s. 4 of the Act may be more intrusive of freedom of expression than is necessary to accomplish its goals. Indeed, Health and Welfare proposed less-intrusive regulation instead of a complete prohibition on advertising. Why then, did the government adopt such a broad ban? The record provides no answer to this question. The government presented no evidence in defence of the total ban, no evidence comparing its effects to less invasive bans.

This omission is all the more glaring in view of the fact that the government carried out at least one study of alternatives to a total ban on advertising before enacting the total ban. The government has deprived the courts of the results of that study. The Attorney General of Canada refused to disclose this document and approximately 500 others demanded at the trial by invoking s. 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, thereby circumventing an application by the tobacco companies for disclosure since the courts lack authority to review the documents for which privilege is claimed under s. 39. References to the study were blanked out of such documents as were produced: *Reasons at Trial*, at p. 516. In the face of this behaviour, one is hard-pressed not to infer that the results of the studies must undercut the government's claim that a less invasive ban would not have produced an equally salutary result.

Not only did the government present no evidence justifying its choice of a total ban, it also

gences en matière d'étiquetage seulement (qui selon Santé et Bien-être social seraient préférables à une interdiction de publicité: voir le témoignage de A. J. Liston). À mon avis, chacune de ces mesures constituerait une atteinte raisonnable au droit à la liberté d'expression, étant donné l'importance de l'objectif et du contexte législatif.

Il appert de ces réflexions que l'interdiction de publicité imposée par l'art. 4 de la Loi pourrait bien porter davantage atteinte à la liberté d'expression qu'elle n'a à le faire pour que ses objectifs soient atteints. En fait, le ministère de la Santé et du Bien-être social a proposé un règlement moins attentatoire en remplacement d'une interdiction totale de la publicité. Alors, pourquoi le gouvernement a-t-il adopté une interdiction si générale? Le dossier ne renferme rien sur cette question. Le gouvernement n'a pas présenté d'éléments de preuve pour défendre l'interdiction totale ni de données établissant une comparaison entre les effets d'une interdiction totale et des interdictions moins attentatoires.

Cette omission est d'autant plus flagrante que le gouvernement avait effectué au moins une étude des solutions de rechange avant d'opter pour l'interdiction totale. Le gouvernement a privé les tribunaux des résultats de cette étude. Le procureur général du Canada a refusé de divulguer ce document, de même qu'environ 500 autres dont la production avait été demandée en première instance; il a, à cette fin, invoqué l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, faisant ainsi échec à une demande de divulgation présentée par les compagnies de tabac puisque les tribunaux n'ont pas compétence pour examiner les documents selon lesquels un privilège est réclamé en vertu de cette disposition. Les mentions de cette étude ont été biffées des documents produits: motifs de la première instance, à la p. 2311. Face à cette attitude, il est difficile de ne pas inférer que les résultats de ces études font échec à la prétention du gouvernement qu'une interdiction moins attentatoire n'aurait pas donné lieu à un résultat tout aussi valable.

Non seulement le gouvernement n'a pas produit d'éléments de preuve pour justifier l'interdiction

165

166

167

presented no argument before us on the point. The appellants argued that there were undisclosed alternatives to a complete ban. The Attorney General's factum offered no response. Instead, the Attorney General contented himself with the bland statement that a complete ban is justified because Parliament "had to balance competing interests" somehow. Its response to the minimal impairment argument is not evidence, but a simple assertion that Parliament has the right to set such limits as it chooses:

... Parliament was certainly entitled to conclude that nothing short of the means it designed would meet the public health objectives set out in s. 3 of the [Act]. The Act is a justified preventative health measure. Parliament has the ability to set the exact limits of this measure. [Emphasis added.]

168

My colleague La Forest J., while recognizing that the government's refusal to release the documents puts this Court in a difficult position given that the onus is on the government to make out minimal impairment, nonetheless concludes that the legislation is minimally impairing based on the importance of the legislative objective and the legislative context. With respect, I cannot agree. Even on difficult social issues where the stakes are high, Parliament does not have the right to determine unilaterally the limits of its intrusion on the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. The Constitution, as interpreted by the courts, determines those limits. Section 1 specifically stipulates that the infringement may not exceed what is reasonable and "demonstrably justified in a free and democratic society", a test which embraces the requirement of minimal impairment, and places on the government the burden of demonstrating that Parliament has respected that limit. This the government has failed to do, notwithstanding that it had at least one study on the comparative effectiveness of a partial and complete ban. In the face of this omission, the fact that full bans have been imposed in certain other countries and the fact that opinions

totale qu'il a choisi d'imposer, il ne nous a non plus présenté aucun argument sur ce point. Selon les appelantes, d'autres mesures non divulguées auraient pu remplacer une interdiction totale. Le mémoire du procureur général n'a pas apporté de réponse. En fait, le procureur général s'est contenté d'affirmer d'une manière imperturbable qu'une interdiction totale est justifiée parce que le Parlement [TRADUCTION] «devait soupeser des intérêts contradictoires». La façon dont il répond à l'argument concernant l'atteinte minimale ne constitue pas une preuve, mais bien une simple affirmation que le Parlement a le droit de fixer les limites qu'il choisit:

[TRADUCTION] ... Le Parlement avait certainement le droit de conclure que seuls les moyens qu'il avait conçus permettraient d'atteindre les objectifs en matière de santé publique, énoncés à l'art. 3 [de la Loi]. La Loi est une mesure préventive justifiée en matière de santé. Le Parlement peut en fixer les limites exactes. [Je souligne.]

Néanmoins, mon collègue le juge La Forest conclut, tout en reconnaissant que le refus du gouvernement de divulguer les documents place notre Cour dans une situation difficile puisqu'il appartient au gouvernement d'établir l'atteinte minimale, que la loi crée une atteinte minimale compte tenu de l'importance de l'objectif et du contexte de la loi. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Même dans le cas de problèmes sociaux difficiles qui présentent des enjeux élevés, le Parlement n'a pas le droit de déterminer unilatéralement les limites qu'il peut imposer aux droits et libertés garantis par la *Charte*. C'est la Constitution, selon l'interprétation que lui donnent les tribunaux, qui détermine ces limites. L'article premier édicte expressément que la violation ne peut aller au-delà de limites qui soient «raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», critère qui englobe l'exigence de l'atteinte minimale et impose au gouvernement le fardeau d'établir que le Parlement a respecté cette limite. C'est ce que le gouvernement a omis de faire, même s'il disposait d'au moins une étude sur l'efficacité comparative d'une interdiction partielle et d'une interdiction totale.

favouring total bans can be found, fall short of establishing minimal impairment.

La Forest J. supports his conclusion that Parliament should be permitted to choose such measures as it sees fit by contrasting the importance of Parliament's objective with the low value of the expression at issue. This way of answering the minimal impairment requirement raises a number of concerns. First, to argue that the importance of the legislative objective justifies more deference to the government at the stage of evaluating minimal impairment, is to engage in the balancing between objective and deleterious effect contemplated by the third stage of the proportionality analysis in *Oakes*. While it may not be of great significance where this balancing takes place, care must be taken not to devalue the need for demonstration of minimum impairment by arguing the legislation is important and the infringement of no great moment.

Second, just as care must be taken not to overvalue the legislative objective beyond its actual parameters, so care must be taken not to undervalue the expression at issue. Commercial speech, while arguably less important than some forms of speech, nevertheless should not be lightly dismissed. For example, in *Rocket*, *supra*, this Court struck down restrictions on dental advertising on the ground that the minimal impairment requirement had not been met. The *Health Disciplines Act*, R.S.O. 1980, c. 196, prohibited forms of advertising which far from being unprofessional, might have benefited consumers and contributed to their health. The same may be said here. Tobacco consumption has not been banned in Canada. Yet the advertising ban deprives those who lawfully choose to smoke of information relating to price, quality and even health risks associated with different brands. It is no answer to suggest, as does my colleague, (para. 108) that the tobacco companies have failed to establish the true benefits of

Compte tenu de cette omission, le fait que des interdictions totales ont été imposées dans certains autres pays et qu'il existe des opinions favorables à une interdiction totale ne réussit pas à établir une atteinte minimale.

Le juge La Forest base sa conclusion selon laquelle le Parlement devrait avoir le droit de choisir les mesures qu'il juge appropriées sur la comparaison entre l'importance de l'objectif du Parlement et la faible valeur de l'expression en cause. Cette façon de satisfaire à l'exigence de l'atteinte minimale soulève certaines préoccupations. Premièrement, soutenir que l'importance de l'objectif législatif justifie un plus grand respect envers le gouvernement à l'étape de l'évaluation de l'atteinte minimale, c'est procéder à la pondération des effets objectifs et des effets préjudiciables, prévue à la troisième étape de l'analyse de la proportionnalité dans l'arrêt *Oakes*. Le moment de cette pondération n'a peut-être pas beaucoup d'importance en soi; cependant, on doit veiller à ne pas minimiser la nécessité de démontrer l'existence d'une atteinte minimale en faisant valoir que la loi est importante mais que la violation ne l'est pas vraiment.

Deuxièmement, tout comme il faut prendre soin de ne pas surestimer l'objectif législatif par rapport à ses véritables paramètres, il faut veiller à ne pas sous-estimer l'importance de l'expression en cause. Quoique l'on puisse soutenir que le discours commercial est moins important que certaines formes d'expression, on ne devrait néanmoins pas l'écarter à la légère. Par exemple, dans l'arrêt *Rocket*, précité, notre Cour a annulé des restrictions imposées à la publicité des dentistes pour le motif que l'on n'avait pas satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale. La *Loi sur les sciences de la santé*, L.R.O. 1980, ch. 196, interdisait certains types de publicité qui, loin d'être non professionnels, auraient pu présenter des avantages pour les consommateurs et contribuer à leur santé. On peut reprendre le même argument ici. L'usage du tabac n'a pas été interdit au Canada. Cependant, l'interdiction de publicité prive les fumeurs légitimes de renseignements sur le prix, la qualité, voire même les méfaits des différentes marques de tabac sur la

such information. Under s. 1 of the *Charter*, the onus rests on the government to show why restrictions on these forms of advertising are required.

171 Third, in finding that the commercial speech here at issue is entitled “to a very low degree of protection under s. 1” (para. 75) and that “an attenuated level of s. 1 justification is appropriate in these cases” (para. 77), La Forest J. places a great deal of reliance on the fact that the appellants are motivated by profit. I note that the same may be said for many business persons or corporations that challenge a law as contrary to freedom of expression. While this Court has stated that restrictions on commercial speech may be easier to justify than other infringements, no link between the claimant’s motivation and the degree of protection has been recognized. Book sellers, newspaper owners, toy sellers — all are linked by their shareholders’ desire to profit from the corporation’s business activity, whether the expression sought to be protected is closely linked to the core values of freedom of expression or not. In my view, motivation to profit is irrelevant to the determination of whether the government has established that the law is reasonable or justified as an infringement of freedom of expression.

172 It remains to consider whether the requirement that the warning be unattributed pursuant to s. 9 of the Act fails to meet the minimum impairment requirement of proportionality. The appellant corporations contend that a warning similar to that used in the United States, which identifies the author as the Surgeon General, would be equally effective while avoiding the inference some may draw that it is the corporations themselves who are warning of the danger. They object not only to being forced to say what they do not wish to say, but also to being required to do so in a way that associates them with the opinion in question. This

santé. Il ne suffit pas d’affirmer, comme le fait mon collègue (par. 108), que les compagnies de tabac n’ont pas établi les véritables avantages de ces renseignements. En vertu de l’article premier de la *Charte*, il appartient au gouvernement d’établir pourquoi il faut imposer des restrictions relativement à ces types de publicité.

Troisièmement, en affirmant que le discours commercial en cause n’a droit «qu’à une faible protection en vertu de l’article premier» (par. 75) et qu’«il convient en l’espèce de faire preuve de souplesse dans la justification au regard de l’article premier» (par. 77), le juge La Forest accorde beaucoup d’importance au fait que les appelantes sont motivées par le profit. Il en est de même de nombreux entrepreneurs ou sociétés qui contestent une loi pour le motif qu’elle contrevient à la liberté d’expression. Bien qu’elle ait affirmé que des restrictions au discours commercial puissent être plus faciles à justifier que d’autres violations, notre Cour n’a pas reconnu de lien entre la motivation d’une demanderesse et le degré de protection accordée. Les libraires, les propriétaires de journaux, les vendeurs de jouets ont tous en commun le désir des actionnaires de tirer profit de l’activité commerciale de la compagnie, que l’expression que l’on veut protéger soit ou non étroitement liée aux valeurs fondamentales de la liberté d’expression. À mon avis, la volonté de faire un profit ne constitue pas une considération pertinente lorsqu’il s’agit de déterminer si le gouvernement a établi que la loi est raisonnable ou justifiée en tant qu’atteinte à la liberté d’expression.

Il reste à établir si l’exigence de la non-attribution des mises en garde, prévue à l’art. 9 de la Loi, ne satisfait pas à l’exigence de l’atteinte minimale du critère de la proportionnalité. Selon les appelantes, une mise en garde semblable à celle utilisée aux États-Unis, émanant du Surgeon General, serait tout aussi efficace, et empêcherait certains d’inférer que ce sont les compagnies qui font la mise en garde. Les compagnies s’opposent non seulement à ce qu’on leur attribue des propos qu’elles n’ont pas l’intention de tenir, mais aussi à se voir obligées de le faire d’une façon qui les associe au message en question. À leur avis, cela

impairs their freedom of expression, they contend, more than required to achieve the legislative goal.

The government is clearly justified in requiring the appellants to place warnings on tobacco packaging. The question is whether it was necessary to prohibit the appellants from attributing the message to the government and whether it was necessary to prevent the appellants from placing on their packaging any information other than that allowed by the regulations.

As with the advertising ban, it was for the government to show that the unattributed warning, as opposed to an attributed warning, was required to achieve its objective of reducing tobacco consumption among those who might read the warning. Similarly, it was for the government to show why permitting tobacco companies to place additional information on tobacco packaging, such as a statement announcing lower tar levels, would defeat the government's objective. This it has failed to do. Again, my colleague La Forest J. responds (para. 116) with the belief that "a lower level of constitutional scrutiny is justified in this context". For the reasons given with respect to the advertising ban, I respectfully disagree.

(iv) Proportionality Between the Effects of the Legislation and the Objective

Having found the requirement of minimum impairment is not satisfied for ss. 4 and 9 of the Act, it is unnecessary to proceed to the final stage of the proportionality analysis under s. 1 — balancing the negative effects of the infringement of rights against the positive benefits associated with the legislative goal. A finding that the law impairs the right more than required contradicts the assertion that the infringement is proportionate. Neither the fact that commercial expression may be entitled to a lesser degree of protection than certain other forms of expression, nor the importance of reducing tobacco consumption, even to a small extent, negate this proposition. Freedom of expression, even commercial expression, is an important

porte atteinte à leur liberté d'expression plus qu'il n'est nécessaire de le faire pour atteindre l'objectif de la loi.

Le gouvernement est clairement justifié d'exiger des appelantes qu'elles apposent des mises en garde sur les emballages des produits du tabac. La question est de savoir s'il était nécessaire d'interdire aux appelantes d'attribuer le message au gouvernement et s'il était nécessaire de les empêcher d'apposer sur leur emballage des renseignements autres que ceux autorisés par règlement.

Comme pour l'interdiction de publicité, il appartenait au gouvernement d'établir que la mise en garde non attribuée, par opposition à une mise en garde attribuée, était nécessaire pour atteindre l'objectif visé de réduire la consommation du tabac chez les personnes susceptibles de la lire. De même, le gouvernement devait établir pourquoi l'inscription de renseignements additionnels sur les emballages par les compagnies de tabac, comme un message sur la faible teneur en goudron, irait à l'encontre de son objectif. Il n'a pas réussi à le faire. De nouveau, mon collègue le juge La Forest affirme (par. 116) que, selon lui, «en l'occurrence l'analyse constitutionnelle n'a pas à être aussi approfondie». Avec égards, pour les motifs exposés relativement à l'interdiction de publicité, je ne suis pas d'accord.

(iv) La proportionnalité entre les effets de la loi et son objectif

Puisque j'ai conclu que l'on n'a pas satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale relativement aux art. 4 et 9 de la Loi, j'estime inutile de procéder à l'examen de la dernière étape du critère de la proportionnalité dans la cadre de l'article premier: soupeser les effets négatifs de la violation des droits par rapport aux avantages positifs liés à l'objectif législatif. Conclure que la loi porte atteinte au droit en question plus qu'il n'est nécessaire contredit l'affirmation que la violation satisfait au critère de la proportionnalité. Ni le fait que l'expression commerciale peut bénéficier d'une protection moindre que certaines autres formes d'expression, ni l'importance de réduire la consommation du tabac, même légèrement, ne viennent repousser

173

174

175

and fundamental tenet of a free and democratic society. If Parliament wishes to infringe this freedom, it must be prepared to offer good and sufficient justification for the infringement and its ambit. This it has not done.

2. Remedy

176 I have found ss. 4, 8 and 9 of the *Tobacco Products Control Act* constitute unjustified infringements on free expression. These provisions spearhead the scheme under the Act and cannot be severed cleanly from other provisions dealing with promotion and trade mark usage, ss. 5 and 6. I would consequently hold that ss. 4, 5, 6, 8, and 9 are inconsistent with the *Charter* and hence are of no force or effect by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

177 Section 7 of the Act prohibits the free distribution of any tobacco product in any form, a provision which is closely connected to the law's objective. In my view, this provision should stand, together with the remaining provisions of the Act which deal with reporting, enforcement, regulations and offences and punishment, in so far as these sections operate in relation to provisions other than those declared invalid.

178 This leaves the question of costs. The appellant Imperial has been successful in these appeals. The appellant RJR-MacDonald has been substantially successful. Having requested that the whole of the *Tobacco Products Control Act* be struck down, it has succeeded in having a significant portion of it struck down. I would allow the appeals with costs to both appellants.

The following are the reasons delivered by

179 IACOBUCCI J. — These appeals concern the constitutional legitimacy of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 (the "Act"), a federal statute which effectively establishes a total ban on cigarette advertising in Canada.

cette affirmation. La liberté d'expression, même l'expression commerciale, constitue un précepte important et fondamental d'une société libre et démocratique. Si le Parlement a l'intention de porter atteinte à cette liberté, il doit être disposé à justifier l'étendue de cette atteinte de façon adéquate et suffisante. Il ne l'a pas fait.

2. La réparation

J'ai conclu que les art. 4, 8 et 9 de la *Loi réglementant les produits du tabac* constituent des atteintes injustifiées à la liberté d'expression. Ces dispositions sont le fer de lance de l'économie de la Loi et ne peuvent être nettement dissociées des autres qui traitent de promotion et d'usage des marques, les art. 5 et 6. Je conclus donc que les art. 4, 5, 6, 8 et 9 sont incompatibles avec la *Charte* et sont de ce fait inopérants en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 7 de la Loi interdit la distribution à titre gratuit des produits du tabac, sous quelque forme que ce soit, disposition qui se rattache étroitement à l'objectif de la Loi. À mon avis, cette disposition devrait être déclarée valide, de même que les autres dispositions de la Loi relatives aux rapports, à la mise en œuvre, aux règlements, aux infractions et aux peines, dans la mesure où elles s'appliquent aux dispositions autres que celles qui ont été déclarées non valides.

Il reste à trancher la question des dépens. L'appelante Imperial a eu gain de cause en l'espèce. L'appelante RJR-MacDonald a elle aussi eu essentiellement gain de cause. Elle avait demandé l'annulation intégrale de la *Loi réglementant les produits du tabac* et a réussi à en faire annuler une bonne partie. Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens aux deux appelantes.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — Les présents pourvois portent sur la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20 (la «Loi»), loi fédérale qui établit en fait une interdiction totale de la publicité en faveur de la cigarette au Canada.

The appellants submit that there are two alternative grounds that support the constitutional invalidity of the Act: (1) that it is *ultra vires* the powers accorded to Parliament by s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; and (2) that it infringes the appellants' right to freedom of expression in a manner that does not constitute a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

My colleague Justice La Forest details at length the reasons why the Act is properly enacted pursuant to the federal power over criminal law (s. 91(27)). I find myself in full agreement with him in this regard. I also agree with his approach to appellate court intervention on legislative or social facts as found by a trial judge.

I diverge, however, with La Forest J. on the *Charter* issue; specifically, I do not believe that the Act minimally impairs the appellants' s. 2(b) *Charter* rights. More broadly, I also have reservations about the somewhat attenuated minimal impairment analysis propounded by La Forest J. As I noted in my reasons in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, unduly diluting the s. 1 principles from their original form cast in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and related cases causes me concern in so far as it creates a risk that *Charter* violations will be too readily justified and, as a result, *Charter* values too easily undercut. In this respect, I find myself generally attracted to Justice McLachlin's reasons and disposition in this appeal. Nevertheless, although I concur with many of her general conclusions, I differ somewhat with her s. 1 analysis and proposed remedy and therefore prefer to express my own reasons.

The two principal issues underlying the *Charter* analysis in these appeals are: (1) whether the Act is rationally connected to its goal of protecting Canadians from the health risks associated with

Les appelantes soutiennent que deux motifs subsidiaires viennent étayer l'inconstitutionnalité de la Loi: (1) elle excède les pouvoirs conférés au Parlement par l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et (2) elle porte atteinte à la liberté d'expression des appelantes d'une façon qui ne constitue pas une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Mon collègue le juge La Forest expose en détail les motifs pour lesquels il s'agit d'une loi valide-ment adoptée conformément à la compétence fédérale en matière de droit criminel (par. 91(27)). Je suis tout à fait d'accord avec lui sur ce point. Je suis également d'accord avec la démarche qu'il adopte relativement à l'intervention des tribunaux d'appel quant aux faits législatifs ou sociaux constatés par le juge de première instance.

Cependant, je ne partage pas l'opinion du juge La Forest sur la question de la *Charte* et, plus précisément, je ne crois pas que la Loi constitue une atteinte minimale aux droits garantis aux appelantes par l'al. 2b) de la *Charte*. D'une façon plus générale, j'ai aussi des réserves sur l'analyse quelque peu assouplie de l'atteinte minimale que propose le juge La Forest. Comme je l'ai fait remarquer dans mes motifs de l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, je crains un trop grand assouplissement des principes d'application de l'article premier par rapport à leur formulation initiale dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et les arrêts connexes, car cela crée un risque que les violations de la *Charte* ne soient trop facilement justifiées et, de ce fait, que les valeurs protégées par la *Charte* ne soient trop facilement contrecarrées. À cet égard, je trouve généralement intéressants les motifs et le dispositif du juge McLachlin en l'espèce. Néanmoins, bien que je souscrive à nombre de ses conclusions générales, j'ai une opinion quelque peu différente quant à son analyse de l'article premier et à la réparation proposée et je préfère donc formuler mes propres motifs.

Les deux principales questions en litige qui sous-tendent l'analyse fondée sur la *Charte* dans les présents pourvois sont de savoir (1) si la Loi a un lien rationnel avec son objectif de protéger les

180

181

182

183

tobacco use and, if so, (2) whether the legislation attains this rationally connected goal in a manner that minimally impairs the appellants' infringed *Charter* rights.

184 Rational connection is to be established, upon a civil standard, through reason, logic or simply common sense. The existence of scientific proof is simply of probative value in demonstrating this reason, logic or common sense. It is by no means dispositive or determinative.

185 Clarifying the standard upon which rational connection analysis ought to proceed is of great importance in appeals such as these, in which there is extremely lengthy yet generally inconclusive scientific evidence. In short, Chabot J. found much of the scientific evidence to be suspect and was of the mind that the Act was "social engineering". With respect, this latter proposition is one which I cannot accept. Consequently, I am reluctant to associate the reasons of this Court with those of Chabot J. and agree with La Forest J. in this respect in concluding that the trial judge's determination that the Act is not rationally connected to its legislative goal ought to be overturned. I should now like to turn to minimal impairment aspects.

186 Minimal impairment analysis requires this Court to consider whether the legislature turned its mind to alternative and less rights-impairing means to promote the legislative goal in question. In these appeals, I am concerned by the fact that the Attorney General of Canada chose to withhold from the factual record evidence related to the options it had considered as alternatives to the total ban it chose to put in place. It is no answer to this conduct to suggest, as my colleague La Forest J. does, that part of the responsibility for this incomplete factual record lies with the appellants, purportedly owing to the fact that their counsel did not pursue every conceivable legal avenue in order to attempt to secure the publication of the undisclosed documents. I am reluctant to permit the justification of a conceded constitutional violation because of the inability of a party to the litigation to have pursued all possible avenues to obtain the non-disclosed

Canadiens contre les méfaits de l'usage du tabac sur la santé et, dans l'affirmative, (2) si la Loi atteint cet objectif d'une façon qui porte le moins possible atteinte aux droits que la *Charte* garantit aux appelantes.

Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens. Elle n'est en aucune façon déterminante.

Dans des pourvois comme en l'espèce, dans lesquels il existe une preuve scientifique extrêmement volumineuse, mais généralement non concluante, il est fort important de clarifier la norme sur laquelle doit se fonder l'analyse du lien rationnel. En résumé, le juge Chabot a conclu qu'une grande partie de la preuve scientifique était douteuse et que la Loi était une forme «d'ingénierie sociale». En toute déférence, je ne puis accepter cette dernière conclusion. C'est pourquoi j'hésite à associer les motifs de notre Cour à ceux du juge Chabot et je suis d'accord avec le juge La Forest pour conclure que la décision du juge de première instance portant que la Loi n'a pas de lien rationnel avec son objectif législatif devrait être infirmée. Je traiterai maintenant des aspects de l'atteinte minimale.

Lorsqu'elle analyse l'atteinte minimale, notre Cour doit déterminer si le législateur a examiné d'autres mesures moins attentatoires pour atteindre l'objectif législatif en question. Dans les présents pourvois, je suis préoccupé par le fait que le procureur général du Canada a choisi de ne pas dévoiler la preuve factuelle au dossier concernant les options envisagées comme solutions de rechange à l'interdiction totale que le législateur a choisi de mettre en place. On ne saurait expliquer cette conduite, comme le fait mon collègue le juge La Forest, en affirmant que les appelantes sont en partie responsables de l'existence de ce dossier factuel incomplet, présumément parce que leurs avocats n'ont pas épuisé tous les moyens juridiques possibles pour tenter d'obtenir la publication des documents non divulgués. J'hésite à permettre la justification d'une violation admise de la Constitution parce qu'une partie au litige n'a pas

information. These cases are of wide public interest constitutional litigation in which the government should remain non-adversarial and make full disclosure. Without this requirement, courts will be constrained to decide the constitutionality of legislation without full information. In any event, the burden of proof at the s. 1 stage lies solely with the government.

I underscore that the rights violation in these cases does not involve the prohibition of the sale or consumption of tobacco. It involves the total ban on the advertising of tobacco products. I do not believe that the jurisprudence supports La Forest J.'s conclusion that the impugned *Charter* right, in these cases s. 2(b), is minimally impaired because the government chose not to pursue a course of conduct (i.e., prohibiting tobacco products) which bears no relevance to s. 2(b), especially when it is clear that this alternative was never, by the government's own admission, feasible or viable.

In my opinion, the question in these appeals is not whether a partial prohibition (the lesser rights-impairing approach) would be acceptable only if there were information establishing that some forms of advertising do not stimulate consumption. On the contrary, it is the total prohibition (the full rights-impairing option) that is only constitutionally acceptable if information is provided that such a total prohibition is necessary in order for the legislation to achieve a pressing and substantial goal. When, as in the case at bar, the evidence is unclear whether a partial prohibition is as effective as a full prohibition, the *Charter* requires that the legislature enact the partial denial of the implicated *Charter* right. In the absence of the discharge of this evidentiary burden (which is to be wholly borne by the government), the least rights-impairing option is to be preferred. Although tobacco advertising as a whole certainly affects consumption, the evidence is unclear whether all types of tobacco ads affect consumption. I believe that some attention

épuisé tous les moyens possibles pour obtenir les renseignements non divulgués. Il s'agit en l'espèce d'un litige d'un grand intérêt public en matière constitutionnelle, dans lequel le gouvernement ne devrait pas s'en tenir à un débat contradictoire et devrait faire une pleine divulgation. Sinon, les tribunaux seront forcés de trancher la constitutionnalité d'une loi sans avoir tous les renseignements. Quoi qu'il en soit, à l'étape de l'article premier, c'est au gouvernement seul qu'incombe la charge de la preuve.

Je tiens à faire ressortir que la violation des droits en l'espèce ne découle pas d'une interdiction de la vente ou de l'usage du tabac, mais plutôt d'une interdiction totale de la publicité en faveur des produits du tabac. Je ne crois pas que la jurisprudence appuie la conclusion du juge La Forest qu'il y a atteinte minimale au droit garanti par la *Charte*, en l'espèce à l'al. 2b), parce que le gouvernement a choisi de ne pas opter pour une ligne de conduite (l'interdiction des produits du tabac) qui n'a aucun rapport avec l'al. 2b), particulièrement lorsqu'il est évident que cette solution de rechange n'a jamais été, de l'aveu même du gouvernement, possible ou viable.

À mon avis, la question en l'espèce n'est pas de savoir si une interdiction partielle (la mesure moins attentatoire aux droits) ne serait acceptable que s'il existait des données établissant que certaines formes de publicité n'encouragent pas la consommation. Au contraire, c'est l'interdiction totale (l'option pleinement attentatoire aux droits) qui n'est acceptable du point de vue constitutionnel que s'il existe des renseignements établissant qu'une telle interdiction est nécessaire pour qu'un objectif urgent et réel de la loi soit atteint. Si, comme en l'espèce, la preuve ne permet pas d'établir clairement si une interdiction partielle est aussi efficace qu'une interdiction totale, la *Charte* exige que le législateur opte pour la mesure qui constitue une atteinte partielle au droit garanti par la *Charte*. Lorsque cette preuve n'a pas été établie (dont le fardeau de présentation incombe en totalité au gouvernement), il faut préférer l'option la moins attentatoire. Bien que la publicité du tabac dans son ensemble influe certainement sur la consumma-

must be paid to whether the legislature endeavoured to differentiate the harmful advertising from the benign advertising before it decided to ban all advertising or sought to identify whether, as claimed by the appellants, informational and brand-name advertising do not have the effects that the Act seeks to curb.

tion, la preuve n'établit pas clairement si tous les types de publicité influent sur la consommation. À mon avis, il faut examiner si le législateur s'est efforcé de distinguer la publicité néfaste de la publicité bénigne avant de décider d'imposer une interdiction totale de la publicité ou s'il a cherché à déterminer si, comme le soutiennent les appelantes, la publicité informative et la publicité de marques n'entraînent pas les effets contre lesquels la Loi cherche à lutter.

189

I agree with La Forest J. that a contextual approach must be taken to s. 1 analysis, and, when reduced to its essence, the impugned right in this case amounts to the ability of tobacco companies to advertise — solely for the purposes of financial profit — a product with known deleterious effects to public health. To this end, the amount of legislative tailoring required to sustain minimal impairment analysis would not be very significant. However, context does not eliminate the need for any tailoring at all. In this appeal, the government chose not to do any tailoring and, ultimately, this constitutes the lynch-pin of the Act's unconstitutionality. I note that the partialness of bans on commercial expression has often been key to their constitutional validity: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

Je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire qu'il faut adopter une analyse contextuelle relativement à l'article premier et que, ramené à sa plus simple expression, le droit attaqué en l'espèce est celui des compagnies de tabac de faire la publicité — strictement à des fins de profits — d'un produit ayant des effets néfastes connus sur la santé publique. À cette fin, le législateur n'aurait pas à faire de très importantes adaptations pour satisfaire à l'analyse de l'atteinte minimale. Cependant, le contexte n'élimine pas la nécessité de toute adaptation. Dans le cadre des présents pourvois, le gouvernement a choisi de ne pas faire d'adaptations et, en fin de compte, c'est là le motif clé pour lequel la Loi est inconstitutionnelle. Je constate que le caractère partiel des interdictions imposées à l'expression commerciale a souvent été la clé de leur constitutionnalité: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

190

Section 9 of the Act (obliging the placing of unattributed health messages on cigarette packages) raises similar concerns. I find that this provision trenches upon s. 2(b) and is unjustifiable under s. 1 and I agree with McLachlin J. in this respect. The question here is whether the reduction of tobacco consumption can be equally advanced by adopting the less intrusive remedy of governmentally attributed warnings or whether such a method would only yield results more modest than the full rights-impairing approach presently adopted by s. 9. Given the evidence before this

L'article 9 de la Loi (qui exige l'apposition de messages non attribués sur les emballages de cigarettes) soulève des préoccupations similaires. À mon avis, cette disposition empiète sur l'al. 2b) et ne peut se justifier en vertu de l'article premier, et je suis d'accord avec le juge McLachlin sur ce point. En l'espèce, la question est de savoir si la diminution de l'usage du tabac peut également être encouragée par la mesure moins attentatoire que constituent des messages attribués au gouvernement ou si cette mesure ne donnerait lieu qu'à des résultats plus modestes que la disposition pleinement attentatoire aux droits que constitue l'art. 9. Vu la preuve présentée à notre Cour, j'ai tendance

Court, I am inclined to opt for the lesser rights-impairing approach.

At this juncture, I should like to offer some indication of what sorts of measures would, in my mind, have survived *Charter* scrutiny. As I have already mentioned, it is clear that health warnings can and should be placed on the packages, but the strictures of the *Charter* necessitate that they be attributed to their author, in all likelihood Health and Welfare Canada. Regarding the advertising ban, it is clear to me that an effort could have been made to regulate tobacco advertising along the lines of alcohol advertising. Given that the tobacco companies had agreed as early as 1972 (through the *Voluntary Code*) to refrain from advertising on television and radio, these regulations would only involve advertising in the print media anyway. Alternatively, as evidenced in some of the testimony at trial, partial bans in the order of prohibitions on lifestyle advertising only and limitations on advertising aimed at adolescents could have been given more constructive attention. The main point I wish to make is that in this case we are faced with a total and absolute ban on advertising without a justifiable basis for it. Perhaps proof exists for such a ban, but in my view the record does not establish it.

In the end, I would allow these appeals, with costs throughout to the appellants. For the reasons set out above, ss. 4, 5, 6, 8, and 9 of the Act should be struck. However, I am of the mind, for the reasons I advanced in *Egan, supra*, that this, too, is the appropriate case for a suspensive declaration of invalidity of one year. I thus disagree with McLachlin J. in terms of the remedy. Immediately striking down the legislation would permit the tobacco companies the untrammelled ability to advertise until minimally impairing legislation is drafted; the suspensive veto would permit the government to design such legislation while the *status quo* remains in force. In my view, that is warranted in light of the deleterious effects of tobacco prod-

à opter pour la démarche moins attentatoire aux droits.

À cette étape, j'aimerais donner des précisions sur les mesures qui, à mon avis, auraient résisté à un examen fondé sur la *Charte*. Comme je l'ai déjà mentionné, il est évident que des messages relatifs à la santé peuvent et doivent être apposés sur les emballages, mais les contraintes de la *Charte* exigent qu'ils soient attribuées à un auteur, en toute vraisemblance Santé et Bien-être social Canada. En ce qui concerne l'interdiction de publicité, il est, à mon avis, clair que l'on aurait pu s'efforcer de réglementer la publicité du tabac de la même façon que celle de l'alcool. Puisque les compagnies de tabac avaient convenu dès 1972 (le *Voluntary Code*) de s'abstenir de faire de la publicité à la télévision et à la radio, ce règlement ne porterait de toute façon que sur la publicité dans la presse écrite. Par ailleurs, comme l'indiquent certains témoignages au procès, on aurait pu s'intéresser de manière plus constructive à une interdiction partielle, sous forme d'interdiction de la publicité de style de vie seulement et de restrictions sur la publicité relative aux adolescents. Je tiens à souligner principalement qu'il s'agit, en l'espèce, d'une interdiction de la publicité totale et absolue, qui n'est pas justifiée. Il existe peut-être une preuve appuyant une telle interdiction mais, à mon avis, elle ne ressort pas du dossier.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir les pourvois, avec dépens dans toutes les cours en faveur des appelantes. Pour les motifs qui précèdent, les art. 4, 5, 6, 8 et 9 de la Loi devraient être annulés. Cependant, pour les motifs formulés dans l'arrêt *Egan*, précité, je suis d'avis qu'il est également approprié en l'espèce d'ordonner une suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an. Je ne partage donc pas l'opinion du juge McLachlin quant à la réparation. L'annulation immédiate de la loi aurait pour effet de permettre aux compagnies de tabac de mener librement des campagnes publicitaires jusqu'à l'établissement d'une loi satisfaisant au critère de l'atteinte minimale; par contre, le veto suspensif permettrait au gouvernement de procéder à l'élaboration d'une telle loi et au statu quo de demeurer

ucts on those who use them and on society generally.

The following are the reasons delivered by

193 MAJOR J. — I agree with Justice McLachlin's disposition of these appeals but disagree that Parliament may impose an advertising ban on tobacco products, trade marks, and brand names under its criminal law power.

194 I agree with Justice La Forest that Parliament could prohibit the sale of tobacco products without printed health warnings under its criminal law power but that is not the issue in these appeals.

195 It is undisputed that Parliament may legislate with respect to hazardous, unsanitary, adulterated and otherwise dangerous foods and drugs pursuant to its power to legislate in the field of criminal law.

196 It follows that Parliament can require manufacturers to place warnings on tobacco products which are known to have harmful effects on health. Manufacturers of tobacco products are under a duty to disclose and warn of the dangers inherent in the consumption of tobacco products. Failure to place warnings on tobacco products can validly constitute a crime, a "public wrong" which merits proscription and punishment and ought to be suppressed as "socially undesirable conduct" (*R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 488). Section 9 of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 ("the Act"), falls within Parliament's power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

197 However, I do not agree that Parliament under its criminal law power is entitled to prohibit all advertising and promotion of tobacco products and restrict the use of tobacco trademarks as provided for in ss. 4, 5, 6, 8 and 9 of the Act. In *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of*

en vigueur. À mon avis, cette mesure se justifie par les effets néfastes des produits du tabac sur ceux qui les utilisent et sur la société en général.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR — Je souscris au dispositif proposé par le juge McLachlin en l'espèce, mais je ne puis convenir que le Parlement peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, imposer une interdiction sur la publicité en faveur des produits du tabac, de leurs marques et de leurs noms.

À l'instar du juge La Forest, je suis d'avis que le Parlement peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, interdire la vente des produits du tabac sur lesquels aucune mise en garde n'a été apposée, mais là n'est pas la question en litige en l'espèce.

Il est incontesté que, conformément à sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut légiférer relativement aux aliments et drogues dangereux, insalubres ou altérés, ou présentant autrement un danger.

Le Parlement peut par conséquent obliger les fabricants à apposer des mises en garde sur les produits du tabac qui sont reconnus comme nocifs pour la santé. Les fabricants de produits du tabac ont l'obligation de mettre la population en garde contre les dangers inhérents à la consommation des produits du tabac. L'omission d'apposer des mises en garde sur ces produits peut valablement constituer un crime, un «méfait public» qui justifie interdiction et sanctions et qui doit être enrayé puisqu'il constitue un «acte socialement indésirable» (*R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, à la p. 488). L'article 9 de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20 (la «Loi»), relève de la compétence du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Par contre, je ne crois pas qu'en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement puisse interdire toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac et restreindre l'utilisation des marques de tabac comme le prévoient les art. 4, 5, 6, 8 et 9 de la Loi. Dans l'arrêt *Brasse-*

Canada, [1980] 1 S.C.R. 914, the test should be one of substance, not form, and excludes from the criminal jurisdiction legislative activity not having the prescribed characteristics of criminal law. It is not always easy to determine whether legislation comes within the purview of Parliament's criminal law power. Cory J. described this difficulty in *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, at p. 347:

As a point of commencement, it may be helpful to consider what constitutes criminal law. While, like a work of art, it is something that may be easier to recognize than define, some guidelines have been established.

Cory J., at p. 348, then referred to the reasons of Rand J. in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the *Margarine Reference*), which he found to be a "very helpful definition of criminal law" and referred with approval to the dissenting reasons in *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, *per* Dickson J. (as he then was) at p. 1026:

Head 27 of s. 91 of the *British North America Act* empowers Parliament to make substantive laws prohibiting, with penal consequences, acts or omissions considered to be harmful to the State, or to persons or property within the State.

The approach taken by this Court in *Knox Contracting*, *supra*, provides a solid foundation for defining the scope of Parliament's criminal law power.

In discussing the *Margarine Reference*, Professor Hogg notes that legislation which merely contains a prohibition and a consequent penalty cannot be upheld as a valid exercise of Parliament's criminal law power unless the legislation also addresses a "typically criminal public purpose" (*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 18-5). The "typically criminal public purpose" can be determined in part by considering whether the act or omission is sufficiently harmful to the state, or

ries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada, [1980] 1 R.C.S. 914, le critère applicable devrait s'intéresser au fond et non à la forme, et il exclut de la compétence en matière de droit criminel toute activité législative qui ne revêt pas les caractéristiques requises du droit criminel. Il n'est pas toujours aisé de déterminer si un texte de loi s'inscrit dans le cadre de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Le juge Cory a exposé ainsi la difficulté dans l'arrêt *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, à la p. 347:

Tout d'abord, il peut être utile d'examiner en quoi consiste le droit criminel. Bien que, comme une œuvre d'art, il s'agisse de quelque chose qui peut être plus facile à reconnaître qu'à définir, certaines lignes directrices ont été établies.

Le juge Cory cite ensuite, à la p. 348, un passage des motifs prononcés par le juge Rand dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le *Renvoi sur la margarine*), où l'on trouve à son avis une «définition très utile du droit criminel», puis il renvoie en les approuvant aux motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident dans l'arrêt *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, à la p. 1026:

Le paragraphe 27 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* habilite le Parlement à édicter des lois qui interdisent, sous peine de sanctions pénales, des actes ou omissions jugés préjudiciables à l'État, à des personnes ou à des biens y situés.

La position adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Knox Contracting*, précité, fournit une assise solide aux fins de cerner l'étendue de la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

Dans son analyse du *Renvoi sur la margarine*, le professeur Hogg remarque que la loi qui ne contient qu'une simple interdiction à laquelle est assortie une sanction pénale ne peut être considérée comme un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel que si cette loi vise également un [TRADUCTION] «objectif public habituellement reconnu du droit criminel» (*Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 18-5). On pourra établir en partie ce qu'est un

to persons or property within the state to warrant the exercise of Parliament's criminal law power.

«objectif public habituellement reconnu du droit criminel» en déterminant si l'acte ou l'omission est suffisamment préjudiciable à l'État, à des personnes ou à des biens y situés, pour justifier l'exercice par le Parlement de sa compétence en matière de droit criminel.

199 In *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49, it was held to be beyond Parliament's criminal power to impose criminal sanctions for infractions of a variety of provincial regulations such as failure to pay insurance premiums, civil judgments, taxes and licence fees. Licence suspensions are not related to the owner's ability to drive or to public safety on the highways, and hence criminal penalties flowing from their breach are *ultra vires* Parliament. Although Parliament's power to legislate in the field of criminal law is broad, it is subject to constitutional limits.

Dans l'arrêt *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49, on a conclu que la compétence du Parlement en matière criminelle ne lui permettait pas d'imposer des sanctions pénales relativement à des infractions commises contre divers règlements provinciaux, comme l'omission de payer des primes d'assurance, un montant alloué par un jugement civil, une taxe ou un droit de délivrance d'un permis. Les suspensions de permis n'ont pas de rapport avec la capacité de conduire ou la sécurité du public sur les routes, de sorte que les sanctions pénales assorties à leur non-respect excèdent les pouvoirs du Parlement. Bien que le pouvoir de ce dernier de légiférer en matière criminelle soit vaste, il est assujéti à certaines limites constitutionnelles.

200 A definitive and all-encompassing test to determine what constitutes a "criminal offence" remains elusive but the activity which Parliament wishes to suppress through criminal sanction must pose a significant, grave and serious risk of harm to public health, morality, safety or security before it can fall within the purview of the criminal law power. While there is a range of conduct between the most and less serious, not every harm or risk to society is sufficiently grave or serious to warrant the application of the criminal law.

Il demeure impossible d'établir un critère définitif et exhaustif qui permette de déterminer ce qui constitue une «infraction criminelle» mais, pour qu'elle puisse tomber sous le coup de la compétence en matière de droit criminel, l'activité que le Parlement souhaite réprimer à l'aide d'une sanction pénale doit présenter un risque de préjudice grave et important pour la santé du public, sa moralité ou sa sécurité. S'il existe une gamme de comportements entre celui qui est le plus grave et celui qui l'est le moins, ce ne sont pas tous les préjudices ou dangers pour la société qui sont suffisamment graves et importants pour justifier l'application du droit criminel.

201 The heart of criminal law is the prohibition of conduct which interferes with the proper functioning of society or which undermines the safety and security of society as a whole. *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, held that a crime is a public wrong involving a violation of the public rights and duties to the whole community, considered as a community, in its social aggregate capacity. Matters which pose a significant and serious risk of harm or which cause significant and serious

Au cœur du droit criminel se situe l'interdiction du comportement qui entrave le bon fonctionnement de la société ou qui compromet la sécurité de la société considérée dans son ensemble. Dans *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, la Cour a conclu qu'un crime est un méfait public qui implique la violation des droits et des devoirs publics envers la collectivité tout entière, considérée comme telle, dans sa capacité d'agir en tant que collectivité. Tout ce qui pose un risque de pré-

harm to public health, safety or security can be proscribed by Parliament as criminal.

Consequently, lesser threats to society and its functioning do not fall within the criminal law, but are addressed through non-criminal regulation, either by Parliament or provincial legislatures, depending on the subject matter of the regulation.

The regulation of manipulative children's advertising was upheld as *intra vires* the province in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, even though the impugned legislation contained sanctions that included fines and possible imprisonment. While manipulative children's advertising exposes society to some harms, those harms are not sufficient to attract the sanction of the criminal law. In the same way, we must consider whether the ban on tobacco advertising is essentially a regulatory matter within provincial competence, or whether tobacco advertising truly constitutes criminal conduct, a public wrong which Parliament is entitled to punish as harmful, socially undesirable conduct violative of public rights and duties.

Sopinka J. in *Morgentaler, supra*, stated that to find a valid exercise of Parliament's criminal law power, the presence of a criminal public purpose or object is pivotal. I agree that criminal law is not frozen in time. Parliament can decriminalize what once was thought criminal, and can also criminalize conduct which was not part of the criminal law at the time of Confederation. I disagree that affinity with a traditional criminal law concern has no part to play in the analysis, whether the conduct proscribed by Parliament has an affinity with a traditional criminal law concern is a starting point in determining whether a particular matter comes within federal criminal competence. Cases such as *Morgentaler, supra*, and *Knox Construction, supra*, demonstrate that courts will often look for

judice grave et important ou qui entraîne pour la sécurité et la santé du public un préjudice grave ou important peut être interdit par le Parlement comme relevant du droit criminel.

Par conséquent, les menaces moins graves pour la société et son fonctionnement ne relèvent pas du droit criminel; elles sont toutefois ciblées dans les régimes de réglementation qui ne relèvent pas du droit criminel, soit par le Parlement, soit par les législatures provinciales, selon le sujet que vise le règlement.

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, la Cour a jugé que le règlement relatif à la publicité manipulatrice destinée aux enfants relevait de la compétence de la province même s'il prévoit des sanctions telles des amendes et le risque d'emprisonnement. Si la publicité manipulatrice destinée aux enfants expose la société à certains préjudices, ceux-ci ne sont pas suffisamment graves pour que l'on fasse appel au droit criminel. De la même façon, il nous faut considérer si l'interdiction de la publicité en faveur des produits du tabac est dans son essence un sujet de réglementation qui relève de la compétence provinciale ou si la publicité en faveur des produits du tabac est véritablement un acte criminel, un méfait public que le Parlement a le droit de punir parce qu'il constitue un comportement préjudiciable, socialement indésirable et contraire aux droits et aux devoirs publics.

Dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, le juge Sopinka a indiqué que, pour qu'un exercice par le Parlement de sa compétence en matière de droit criminel soit valide, l'existence d'un objectif public touchant le droit criminel est primordiale. Je conviens que le droit criminel n'est pas immuable. Le Parlement peut décriminaliser ce qui autrefois était jugé criminel et peut d'autre part criminaliser un comportement qui ne ressortissait pas au droit criminel à l'époque de la Confédération. Je ne peux convenir que l'existence d'une affinité avec une préoccupation traditionnelle du droit criminel ne joue aucun rôle dans l'analyse, puisque la question de savoir si le comportement interdit par le Parlement a une affinité avec une préoccupation traditionnelle du droit criminel est le point de

202

203

204

an affinity with a traditional criminal law concern, or affinity with activities historically recognized as criminal, to determine whether a certain exercise of legislative power falls within the field of criminal law.

205 In *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 811, the Court noted that the prohibition on the use of language in and of itself did not have an affinity with some traditional criminal law concern such as morality or public order.

206 Parliament has the power to make certain kinds of speech criminal, such as sedition and obscenity. These types of speech have an affinity with traditional criminal law concerns. These two examples are not determinative, but demonstrate the presence of a typically criminal public purpose where the speech in question causes serious harm or a serious risk of harm to society. In contrast, it is difficult to see how tobacco advertising causes the same type of harm.

207 In his reasons, La Forest J. states that the “evil targeted by Parliament is the detrimental health effects caused by tobacco consumption” (para. 30). McLachlin J. writes that “[c]are must be taken not to overstate the objective” (para. 144). I endorse her conclusion that, if the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised.

208 The objective of the advertising ban and trade mark usage restrictions, as stated by McLachlin J., is to prevent Canadians from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products.

départ de l’analyse visant à déterminer si un sujet donné relève de la compétence du Parlement en matière criminelle. Des arrêts comme *Morgentaler* et *Knox Construction*, précités, démontrent que, pour déterminer si un exercice donné du pouvoir de légiférer s’inscrit dans le domaine du droit criminel, les tribunaux chercheront souvent une affinité avec une préoccupation traditionnelle du droit criminel ou une affinité avec des activités qui, dans le passé, ont été reconnues comme étant criminelles.

Dans l’arrêt *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, à la p. 811, la Cour a signalé que l’interdiction relative à l’utilisation en soi d’une langue n’a aucune affinité en soi avec un sujet traditionnel du droit criminel comme la moralité ou l’ordre public.

Le Parlement a le pouvoir de qualifier de criminelles certaines formes d’expression, comme la sédition et l’obscénité. Ces formes d’expression ont des affinités avec des préoccupations traditionnelles du droit criminel. Si ces deux exemples ne sont pas déterminants, ils démontrent toutefois l’existence d’un objectif public habituellement reconnu du droit criminel, où l’expression en cause entraîne un préjudice grave ou un risque grave de préjudice à la société. Par contre, il est difficile de voir comment la publicité en faveur des produits du tabac peut causer pareil préjudice.

Dans ses motifs, le juge La Forest indique que «le mal visé par le Parlement est l’effet nocif de l’usage du tabac sur la santé» (par. 30). Le juge McLachlin écrit pour sa part qu’«[i]l faut veiller à ne pas surestimer l’objectif» (par. 144). Je partage son avis lorsqu’elle conclut que, si l’on formule l’objectif d’une façon trop large, on risque d’en exagérer l’importance et d’en compromettre l’analyse.

L’objectif de l’interdiction de publicité et des restrictions à l’usage des marques, ainsi que l’écrit le juge McLachlin, est d’empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac. En toute déférence, je ne puis convenir avec le juge

I respectfully disagree with La Forest J. that this type of persuasion constitutes criminal conduct.

Tobacco advertising and promotion may encourage some people to start or to continue to smoke. For that reason, it is viewed by many as an undesirable form of commercial expression. I do not disagree that it may be an undesirable form of expression, but is this undesirability sufficient to make such expression criminal? Does tobacco advertising pose a significant, grave and serious danger to public health? Or does it simply encourage people to consume a legal but harmful product? I cannot agree that the commercial speech at issue poses such a significant, grave and serious danger to public health to fall within the purview of the federal criminal law power. In my opinion, the Act is too far removed from the injurious or undesirable effects of tobacco use to constitute a valid exercise of Parliament's criminal law power. Legislation prohibiting all advertising of a product which is both legal and licensed for sale throughout Canada lacks a typically criminal public purpose and is *ultra vires* Parliament under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Such advertising can hardly be considered to be a public wrong involving a violation of public rights and duties to the whole community, the type of conduct that Parliament is entitled to proscribe and punish as harmful and socially undesirable under its criminal law power.

Parliament could have criminalized tobacco use, but has chosen not to do so for a variety of reasons. The Act does not directly address the injurious or undesirable effects of tobacco use. La Forest J., in response to this concern, notes that in some circumstances Parliament has criminalized ancillary activities without criminalizing the core activity itself, and that this Court has upheld such measures as a valid exercise of the criminal law power. With respect, the cases cited by La Forest J. — *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (solicitation

La Forest que ce genre de persuasion constitue un comportement criminel.

Il se peut que la publicité et la promotion en faveur du tabac incitent certaines personnes à commencer ou à continuer à fumer. Pour cette raison, plusieurs considèrent qu'il s'agit là d'une forme indésirable d'expression commerciale. J'admets qu'il puisse s'agir d'une forme indésirable d'expression, mais est-ce suffisant pour la rendre criminelle? La publicité en faveur du tabac présente-t-elle un risque grave et important pour la santé publique? Ou encourage-t-elle simplement les gens à consommer un produit légal, mais nocif? Je ne peux convenir que le discours commercial en question présente un risque grave et important pour la santé publique au point qu'il est assujéti à la compétence fédérale en matière de droit criminel. À mon avis, la Loi est trop éloignée des effets nocifs ou indésirables de l'utilisation du tabac pour constituer un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Une loi qui interdit toute publicité en faveur d'un produit légal dont la vente est réglementée partout au Canada est dénuée d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel et excède les pouvoirs du Parlement sous le régime du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On peut difficilement considérer cette publicité comme un méfait public impliquant la violation des droits et des devoirs publics envers la collectivité tout entière, le genre de comportement que le Parlement peut interdire et punir, conformément à sa compétence en matière de droit criminel, parce qu'il est socialement préjudiciable et indésirable.

Le Parlement aurait pu criminaliser l'usage du tabac, mais il a choisi de ne pas le faire pour de multiples raisons. La Loi ne vise pas directement les effets nocifs ou indésirables de l'usage du tabac. En réponse à cet argument, le juge La Forest fait remarquer que, dans certaines circonstances, le Parlement a criminalisé des activités secondaires sans criminaliser l'activité principale même, et que notre Cour a confirmé que l'adoption de telles mesures était un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel. Avec égards, les arrêts cités par le juge La Forest — *Renvoi relatif à*

for the purposes of prostitution and the operation of bawdy houses) and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519 (prohibition on assisted suicide) — concern matters which have traditionally been subject to criminal sanctions. Moreover, the “ancillary” activities proscribed in the above two examples pose significant and serious dangers in and of themselves.

211 It is well known that crime often follows in the wake of prostitution and its related activities. It is also well known that assisted suicide can engender all manner of evils, not the least of which is involuntary euthanasia. Hence the criminalization of solicitation of prostitution where prostitution itself is legal, or the criminalization of assisted suicide where suicide itself is legal does not provide a useful analogy to the criminalization of tobacco advertising where tobacco consumption is legal. The fact that the “ancillary” activities in the *Prostitution Reference* and in *Rodriguez* of themselves pose serious risks of harm to society makes the analogy less than compelling.

212 Since Parliament has chosen not to criminalize tobacco use, it is difficult to understand how tobacco advertising can somehow take on the character of criminal activity. The Act does not deal in any way with the regulation or prohibition of dangerous products or drugs. The underlying “evil” of tobacco use which the Act is designed to combat remains perfectly legal. Tobacco advertising is in itself not sufficiently dangerous or harmful to justify criminal sanctions. In my view, it is beyond Parliament’s competence to criminalize this type of speech where Parliament has declined to criminalize the underlying activity of tobacco use.

213 On a final note, La Forest J. addressed the exemptions contained within the Act, most notably the exemption for foreign periodicals. He concluded that notwithstanding the exemptions,

l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123 (solicitation à des fins de prostitution et tenue d’une maison de débauche), et *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (prohibition de l’aide au suicide) — portent tous deux sur des sujets qui ont toujours fait l’objet de sanctions pénales. En outre, les activités «secondaires» interdites dans les deux exemples qui précèdent comportent en elles-mêmes des dangers graves et importants.

Il est bien connu que la prostitution et les activités qui y sont liées entraînent souvent dans leur sillage une certaine criminalité. Il est également bien connu que l’aide au suicide peut engendrer toutes sortes de maux, dont l’euthanasie involontaire n’est pas le moindre. La criminalisation de la sollicitation à des fins de prostitution lorsque la prostitution même est légale, ou la criminalisation de l’aide au suicide lorsque le suicide même est légal, n’offre donc aucune analogie utile quant à la criminalisation de la publicité en faveur du tabac alors que la consommation du tabac est légale. Le fait que les activités «secondaires» dans le *Renvoi sur la prostitution* et dans l’arrêt *Rodriguez* posent en elles-mêmes des risques graves de préjudice à la société rend l’analogie moins que convaincante.

Puisque le Parlement a choisi de ne pas criminaliser l’usage du tabac, il est difficile de comprendre comment la publicité en faveur du tabac peut d’une quelconque façon revêtir le caractère d’une activité criminelle. La Loi ne porte pas du tout sur la réglementation ou l’interdiction de produits dangereux ou de drogues. Le «mal» sous-jacent à l’usage du tabac que la Loi vise à combattre demeure parfaitement légal. La publicité en faveur du tabac en elle-même n’est pas suffisamment dangereuse ou préjudiciable pour justifier l’existence de sanctions pénales. À mon avis, il ne relève pas de la compétence du Parlement de criminaliser cette forme de discours lorsqu’il a refusé de criminaliser l’activité principale, soit l’usage du tabac.

Enfin, le juge La Forest s’est penché sur les exemptions prévues dans la Loi, plus particulièrement l’exemption concernant les publications étrangères. Il conclut que, nonobstant ces exemp-

tobacco advertising still constitutes criminal law. I disagree. La Forest J. cites a number of cases, such as *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, and *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, for the proposition that exemptions in criminal legislation do not take away from the legislation's criminal character. While exemptions do not necessarily take a statute out of criminal law, broadly based exemptions are a factor which may lead a court to conclude that the proscribed conduct is not truly criminal. Both *Morgentaler* (dealing with abortion) and *Furtney* (dealing with gambling) involved conduct which has traditionally been viewed as criminal. The exemptions could not be described as "broadly based". For example, the *Criminal Code* only allowed abortions to be performed in limited circumstances and under strict conditions and guidelines. While the legislation may not have been applied uniformly at hospitals throughout the country, Parliament could still validly decide that abortion in general was criminal and could only be performed in hospitals in accordance with statutory requirements.

In *Furtney*, unrestricted and unregulated gambling could be seen as engaging a typically criminal public purpose because of the harm to society that often flows from gambling and its related activities. The fact that properly licensed and regulated gambling, such as bingo, could be exempted from the criminal law did not take away from the criminal public purpose engaged by the general prohibition on gambling. The exemptions discussed in the above two cases are limited in nature and the scope of activities that remained criminalized still engaged a typically criminal public purpose.

In these appeals, McLachlin J. notes that despite the advertising ban, 65 percent of the Canadian magazine market will contain tobacco advertisements, given that the ban applies only to Canadian media and not to imported publications. The

tions, la publicité en faveur du tabac demeure une matière qui relève du droit criminel. Je ne suis pas d'accord. Le juge La Forest cite certains arrêts, dont *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, et *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, pour soutenir que les exemptions prévues dans une loi en matière criminelle ne retirent pas à la loi son caractère criminel. Si les exemptions ne retirent pas nécessairement une loi du cadre criminel, l'existence d'exemptions générales est un facteur qui peut mener un tribunal à conclure que le comportement interdit n'est pas véritablement criminel. Aussi bien l'arrêt *Morgentaler* (concernant l'avortement) que l'arrêt *Furtney* (concernant le jeu) portaient sur un comportement qui a toujours été considéré comme criminel. Les exemptions ne pouvaient être qualifiées de «générales». Ainsi, le *Code criminel* n'autorisait les avortements que s'ils étaient pratiqués dans certaines circonstances et suivant des conditions et des directives strictes. Bien que la loi puisse ne pas avoir été appliquée de façon uniforme dans les hôpitaux du pays, le Parlement pouvait quand même valablement décider que l'avortement en général était criminel et ne pouvait être pratiqué que dans les hôpitaux conformément aux exigences prescrites dans la loi.

Dans *Furtney*, on a considéré qu'on pouvait envisager que le jeu non restreint et non réglementé engage un objectif public reconnu du droit criminel en raison du préjudice que le jeu et les activités qui s'y rattachent causent fréquemment à la société. Le fait qu'un jeu valablement réglementé et assujéti à l'obtention d'un permis, par exemple le bingo, puisse être exempté de l'application du droit criminel, ne diminue en rien l'objectif public de droit criminel qui sous-tend l'interdiction générale visant le jeu. Les exemptions analysées dans les deux affaires précitées sont limitées en nature et la portée des activités qui demeurent criminalisées engage toujours un objectif public reconnu du droit criminel.

Dans les présents pourvois, le juge McLachlin signale qu'en dépit de l'interdiction de publicité, 65 pour 100 du marché des revues au Canada contiendra de la publicité en faveur du tabac puisque l'interdiction ne s'applique qu'aux médias cana-

exemptions for advertising cannot be seen as being limited in nature because most Canadians will be exposed to advertising for tobacco products in newspapers, magazines and so forth. It is hard to understand how the respondent on the one hand claims that nothing short of a total ban will accomplish the goal of reducing tobacco consumption while at the same time the Act allows a very significant amount of advertising to enter the country. It is difficult to imagine how tobacco advertising produced by the United States or other countries and distributed in Canada through publications somehow becomes criminal when produced and distributed by Canadians. The broadly based exemptions contained in the Act, combined with the fact that the Act does not engage a typically criminal public purpose, leads to the conclusion that the prohibitions on advertising cannot be upheld as a valid exercise of Parliament's criminal law power.

216 The Act, except for s. 9 and its associated provisions relating to mandatory health warnings on tobacco packaging, cannot be upheld as valid criminal legislation. The Act is a regulatory measure aimed at decreasing tobacco consumption. While Parliament's desire to limit tobacco advertising may be desirable, its power to do so cannot be found in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

217 In the Court of Appeal ((1993), 102 D.L.R. (4th) 289), Brossard J.A. held at p. 352 that the Act fell within the federal parliament's power to legislate for the "peace, order and good government" of Canada as the Act met national dimensions. I agree. Inasmuch as the legislations fails in any event for the reasons of McLachlin J., it is unnecessary to come to any conclusion on this point.

Appeals allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and CORY JJ. dissenting. The first

diens et non aux publications importées au Canada. Les exemptions quant à la publicité ne peuvent être considérées comme étant limitées puisque la plupart des Canadiens seront exposés à la publicité en faveur des produits du tabac dans des journaux, des revues et le reste. Il est difficile de comprendre comment l'intimé peut soutenir d'une part, qu'il faut une interdiction générale, rien de moins, pour réaliser l'objectif qui consiste à réduire la consommation du tabac alors que, d'autre part, la Loi permet qu'une quantité considérable de publicité soit introduite au pays. On peut difficilement imaginer comment la publicité en faveur du tabac produite par les États-Unis ou d'autres pays et distribuée au Canada par voie de publications devient en quelque sorte criminelle lorsqu'elle est produite et distribuée par des Canadiens. L'existence d'exemptions générales prévues dans la Loi, combinée au fait qu'elle ne relève pas d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel, porte à conclure que les interdictions sur la publicité ne peuvent être maintenues à titre d'exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

La Loi, à l'exception de l'art. 9 et de ses dispositions accessoires relatives aux mises en garde obligatoires sur les emballages, ne peut être maintenue comme étant une loi valide en matière criminelle. La Loi est une mesure de réglementation qui vise à diminuer la consommation du tabac. Bien que la volonté du Parlement de restreindre la publicité en faveur du tabac puisse être souhaitable, le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne lui confère pas le pouvoir de le faire.

Le juge Brossard de la Cour d'appel ([1993] R.J.Q. 375) a conclu, à la p. 416, que la Loi relevait de la compétence du Parlement de légiférer pour la «paix, l'ordre et le bon gouvernement» du Canada puisqu'elle revêt des dimensions nationales. Toutefois, je suis d'accord que, puisque les dispositions législatives sont de toute façon invalides pour les motifs formulés par le juge McLachlin, il est inutile de tirer quelque conclusion à cet égard.

Pourvois accueillis, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et CORY sont dissi-

constitutional question dealing with the legislative competence of Parliament to enact the legislation under the criminal law power or for the peace, order and good government of Canada should be answered in the positive. With respect to the second constitutional question, ss. 4 (re advertising), 8 (re trade mark use) and 9 (re unattributed health warnings) of the Act are inconsistent with the right of freedom of expression as set out in s. 2(b) of the Charter and do not constitute a reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof. *La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.* would find that they constitute a reasonable limit. Given that ss. 5 (re retail displays) and 6 (re sponsorships) could not be cleanly severed from ss. 4, 8 and 9, all are of no force or effect pursuant to s. 52 of the Constitution Act, 1982.

Solicitors for the appellant RJR-MacDonald Inc.: Mackenzie, Gervais, Montreal.

Solicitors for the appellant Imperial Tobacco Ltd.: Ogilvy, Renault, Montreal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: Côté & Ouellet, Montreal.

Solicitor for the mis-en-cause the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

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

Solicitors for the intervener the Heart and Stroke Foundation of Canada: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Cancer Society: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council on Smoking and Health: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

dents. La première question constitutionnelle sur la compétence du Parlement de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada reçoit une réponse positive. Pour ce qui est de la seconde question constitutionnelle, les art. 4 (la publicité), 8 (les marques) et 9 (les messages non attribués relatifs à la santé) de la Loi sont incompatibles avec le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la Charte et n'apportent pas une limite raisonnable à l'exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont d'avis qu'ils apportent une limite raisonnable. Vu que les art. 5 (commerce au détail) et 6 (parrainage) ne peuvent pas nettement être distingués des art. 4, 8 et 9, ils sont tous inopérants aux termes de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Procureurs de l'appelante RJR-MacDonald Inc.: Mackenzie, Gervais, Montréal.

Procureurs de l'appelante Imperial Tobacco Ltd.: Ogilvy, Renault, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada: Côté & Ouellet, Montréal.

Procureur du mis en cause le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

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

Procureurs de l'intervenante la Fondation des maladies du cœur du Canada: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du cancer: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien sur le tabagisme et la santé: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Medical Association: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Lung Association: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association médicale canadienne: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association pulmonaire du Canada: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

L.G. Applicant

v.

G.B. Respondent

INDEXED AS: G. (L.) v. B. (G.)

File No.: 23629.

1994: March 7; 1994: March 23.

Present: Sopinka J.

APPLICATION FOR AN ORDER FOR INTERIM
MAINTENANCE

Appeal — Supreme Court of Canada — Stay of execution — Court granting leave to appeal from Court of Appeal's judgment reducing support payable to ex-wife — Ex-wife applying for order for interim maintenance pending appeal — Whether single judge has jurisdiction to deal with application — If so, whether application should be granted — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

Cases Cited

Referred to: *Keable v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 135.

Statutes and Regulations Cited

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 65, 65.1 [ad. 1990, c. 8, s. 40].

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

APPLICATION for an order for interim maintenance pending appeal. Application dismissed.

Simon Lahaie, for the applicant.

George Artinian, for the respondent.

The following is the order delivered by

SOPINKA J. — The appellant (applicant) applies for an order under s. 65.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, and Rule 27 for an

L.G. Requérante

c.

G.B. Intimé

RÉPERTORIÉ: G. (L.) c. B. (G.)

N° du greffe: 23629.

1994: 7 mars; 1994: 23 mars.

Présent: Le juge Sopinka.

REQUÊTE POUR UNE ORDONNANCE ALIMENTAIRE
PROVISOIRE

Appel — Cour suprême du Canada — Sursis d'exécution d'un jugement — Autorisation de pourvoi accordée à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel qui a réduit le montant de la pension alimentaire versée à l'ex-épouse — Requête par l'ex-épouse pour une ordonnance alimentaire provisoire en attendant l'issue du pourvoi — Un juge seul a-t-il compétence pour entendre cette requête? — Dans l'affirmative, la requête doit-elle être accordée? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *Keable c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 135.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65, 65.1 [aj. 1990, ch. 8, art. 40].

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

REQUÊTE pour une ordonnance alimentaire provisoire en attendant l'issue du pourvoi. Requête rejetée.

Simon Lahaie, pour la requérante.

George Artinian, pour l'intimé.

Version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE SOPINKA — L'appelante (requérante) sollicite, en vertu de l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, et de la

order in the nature of interim maintenance pending appeal. Leave to appeal herein has been granted. The appeal is from the judgment of the Court of Appeal of Quebec (J.E. 93-880 (*sub nom. Droit de la famille—1783*)) which reduced support payments that were ordered by Kennedy J. of the Quebec Superior Court and which Benoit J. of the Quebec Superior Court refused to vary. It is the order of Benoit J. which was appealed to the Court of Appeal.

2 The application was made returnable before me as Rota Judge, but on return of the motion, counsel for the respondent questioned the jurisdiction of a judge to deal with this application which he submitted should be dealt with by the Court.

3 I adjourned the application to permit the respondent to cross-examine on an affidavit filed by the applicant and invited written submissions on jurisdiction. After I had the benefit of written submissions and oral argument on the issue, I concluded that I have jurisdiction to deal with the matter.

4 The foundation of the application is s. 65.1 and Rule 27. Section 65.1 of the *Supreme Court Act* was enacted in order to enable a single judge to exercise the jurisdiction which previously was exercised by the Court with respect to stays of proceedings. This includes the powers in Rule 27. Accordingly, if jurisdiction exists to make the order requested under either s. 65.1 or Rule 27, a judge of the Court has the jurisdiction to make it.

5 With respect to the merits of the application, the applicant is requesting an order for maintenance on the same basis as provided in the judgment of Benoit J. which was varied by the Court of Appeal reducing the payments in favour of the applicant and eliminating the payment in favour of their son F. The latter had ceased to live with his mother and was living with his father at the relevant time.

règle 27, une ordonnance alimentaire provisoire en attendant l'issue du pourvoi. L'autorisation de pourvoi a été accordée en l'espèce. Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (J.E. 93-880 (*sub nom. Droit de la famille—1783*)) qui a réduit les montants de pension alimentaire dont le versement a été ordonné par le juge Kennedy de la Cour supérieure du Québec et que le juge Benoit de la Cour supérieure du Québec a refusé de modifier. C'est l'ordonnance du juge Benoit qui a fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel.

La requête devait être présentée devant moi en tant que juge de service, mais, au moment de la présenter, l'avocat de l'intimé a mis en doute la compétence d'un juge pour connaître de cette requête qui, selon lui, devrait être soumise à la Cour.

J'ai ajourné la requête pour permettre à l'intimé d'effectuer un contre-interrogatoire sur un affidavit déposé par la requérante et j'ai invité les parties à produire des observations écrites sur la question de la compétence. Après avoir examiné les observations écrites et entendu l'argumentation orale sur cette question, j'ai conclu que j'avais compétence pour connaître de l'affaire.

La requête est fondée sur l'art. 65.1 et sur la règle 27. L'article 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême* a été adopté pour permettre à un juge seul d'exercer la compétence qui était auparavant exercée par la Cour relativement aux sursis d'exécution de jugement. Cela englobe les pouvoirs prévus à la règle 27. En conséquence, si l'ordonnance sollicitée peut être rendue en vertu de l'art. 65.1 ou de la règle 27, un juge de la Cour a compétence pour la rendre.

En ce qui concerne le bien-fondé de la requête, la requérante sollicite une ordonnance alimentaire pour le même motif que celui énoncé dans le jugement du juge Benoit que la Cour d'appel a modifié en réduisant la pension payable à la requérante et en annulant celle payable pour leur fils F. À l'époque pertinente, ce dernier n'habitait plus avec sa mère mais demeurait chez son père.

An appeal to this Court does not result in a suspension of the judgment appealed from. Although execution of the judgment by a third party is stayed in the circumstances specified in s. 65 (see *Keable v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 135), a party seeking to suspend the operation of the judgment on appeal in other circumstances must resort to s. 65.1 and Rule 27. This the applicant has done.

The applicant is in effect asking for an order for maintenance pending appeal which is equivalent to the maintenance which was ordered at trial and which Benoit J. refused to vary.

While an order for maintenance preceding appeal may be possible under s. 65.1 and Rule 27, it would be made in exceptional circumstances. Although orders for interim maintenance are commonplace pending trial, their necessity pending appeal is less obvious. After a court of first instance has already assessed the case, including the needs of the party claiming maintenance, there is less reason for the intervention of the appellate court before the appeal has been disposed of. *A fortiori*, when two courts, a court of first instance and a court of appeal, have passed upon the matter, it would require a very substantial change of circumstances before this Court would grant an order for interim maintenance pending appeal. No substantial change of circumstances was relied on here and I find none. Consequently, no order for interim maintenance pending appeal should be made here. The application is, therefore, dismissed with costs.

Application dismissed with costs.

Solicitors for the applicant: Alarie, Legault & Associés, Montreal.

Solicitors for the respondent: Martineau, Walker, Montreal.

Un pourvoi devant notre Cour n'entraîne pas le sursis d'exécution du jugement qui en fait l'objet. Bien qu'il y ait sursis d'exécution du jugement par un tiers dans les circonstances précisées à l'art. 65 (voir l'arrêt *Keable c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 135), la partie qui veut obtenir, dans d'autres circonstances, la suspension de l'exécution du jugement porté en appel doit recourir à l'art. 65.1 et à la règle 27. C'est ce qu'a fait la requérante.

La requérante sollicite en effet une ordonnance alimentaire en attendant l'issue du pourvoi, qui soit équivalente à celle qui avait été rendue au procès et que le juge Benoit a refusé de modifier.

Bien qu'une ordonnance alimentaire avant le pourvoi puisse être rendue en vertu de l'art. 65.1 et de la règle 27, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'elle le sera. S'il est courant que des ordonnances alimentaires provisoires soient rendues en attendant l'issue d'un procès, leur nécessité dans le cas d'un appel est moins évidente. Lorsqu'un tribunal de première instance a déjà évalué l'affaire, y compris les besoins de la partie qui réclame une pension, il est moins justifié pour la cour d'appel d'intervenir avant qu'une décision n'ait été rendue sur l'appel. À plus forte raison, lorsque deux cours de justice, l'une de première instance, l'autre d'appel, ont examiné l'affaire, il faudrait un changement de circonstances très important pour que notre Cour accorde une ordonnance alimentaire provisoire en attendant l'issue du pourvoi. Aucun changement de ce genre n'a été invoqué en l'espèce et j'estime qu'il n'y en a pas eu. En conséquence, il n'y a pas lieu en l'espèce de rendre une ordonnance alimentaire provisoire en attendant l'issue du pourvoi. La requête est donc rejetée avec dépens.

Requête rejetée avec dépens.

Procureurs de la requérante: Alarie, Legault & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Martineau, Walker, Montréal.

6

7

8

L.G. Appellant

v.

G.B. Respondent

INDEXED AS: G. (L.) v. B. (G.)

File No.: 23629.

1995: March 2; 1995: September 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Divorce — Support — Variation — De facto union — Separation agreement incorporated in divorce judgment providing for payment of support to wife — Agreement concluded by parties at time when to husband's knowledge wife was seeing friend with whom she now cohabits — Whether change sufficient to justify varying support — To what extent court's discretion limited by agreement — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15, 17.

Divorce — Support — Variation — Separation agreement incorporated in divorce judgment providing for payment of child support — Agreement concluded by parties when child was a minor, whereas he is now married and independent — Whether change sufficient to justify cancelling child support — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15, 17.

The parties were married in 1960 and divorced in 1986. The divorce judgment, rendered pursuant to the 1985 *Divorce Act*, ratified an agreement on corollary relief entered into between the parties. That agreement provided *inter alia* that the respondent would pay the appellant \$2,600 a month as spousal support and \$100 a month for the minor child. This spousal support would not be reduced unless the appellant earned wages of more than \$15,000 a year, in which case it would be reduced by the amount of the excess. At the time this agreement was entered into the appellant was seeing a

L.G. Appelante

c.

G.B. Intimé

RÉPERTORIÉ: G. (L.) c. B. (G.)

N° du greffe: 23629.

1995: 2 mars; 1995: 21 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Divorce — Pension alimentaire — Modification — Concubinage — Convention de séparation incorporée dans le jugement de divorce prévoyant le paiement d'une pension alimentaire à l'épouse — Convention conclue par les parties à une époque où, à la connaissance du mari, l'épouse fréquentait un ami avec lequel elle fait maintenant vie commune — Ce changement est-il suffisamment important pour justifier la modification de la pension alimentaire? — Dans quelle mesure la discrétion du tribunal est-elle limitée par la convention? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15, 17.

Divorce — Pension alimentaire — Modification — Convention de séparation incorporée dans le jugement de divorce prévoyant le paiement d'une pension alimentaire à l'épouse pour le bénéfice de l'enfant — Convention conclue par les parties à une époque où l'enfant était mineur alors qu'il est maintenant marié et indépendant — Ce changement est-il suffisamment important pour justifier l'annulation de la pension alimentaire payable à l'épouse pour le bénéfice de l'enfant? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15, 17.

Les parties se sont mariées en 1960 et ont divorcé en 1986. Le jugement de divorce, prononcé en vertu de la *Loi sur le divorce* de 1985, entérine une convention conclue entre les parties relativement aux mesures accessoires. Cette convention prévoit, entre autres, que l'intimé paiera à l'appelante, à titre de pension alimentaire, 2 600 \$ par mois, plus 100 \$ par mois pour l'enfant mineur. Cette pension alimentaire ne sera réduite que si l'appelante gagne un salaire supérieur à 15 000 \$ par année, auquel cas, la pension alimentaire sera réduite proportionnellement. À l'époque où cette convention a

friend with whom she had been cohabiting since May 1989. In July of that year the respondent, pursuant to s. 17 of the 1985 *Divorce Act*, filed an application to vary the corollary relief. In this application he sought (1) cancellation of the child support, as the child had been living with him since the divorce; (2) a declaration that the appellant was financially self-sufficient, and (3) cancellation of the spousal support payable to the appellant. The evidence disclosed that during the marriage the appellant looked after the house and their three children. She also contributed to the activities of the respondent's business. However the appellant, who is now 53 years old, is still not in the labour market. Her new companion pays her between \$1,000 and \$1,300 a month and lent her \$45,000 for the purchase of a condominium. They share all other common expenses. The Superior Court dismissed the applications to quash the support orders. The Court of Appeal, relying on the "presumption of self-sufficiency", according to which the recipient of spousal support who is living in a *de facto* union has the burden of showing that, notwithstanding the cohabitation, she still needs the support, reduced the support payable to the appellant to \$1,250 a month. It also cancelled the child support from the date on which the application to vary the corollary relief was filed.

Held: The appeal should be allowed.

Per Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: Variation of support orders is governed by s. 17 of the 1985 *Divorce Act* and the test developed in *Willick* applies. For a support order to be varied under s. 17, there must be a material change of circumstances, that is, a change that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. If the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it thus cannot be relied on as the basis for variation. Here, the trial judge found that, at the time of the agreement, the respondent knew that the appellant was "seeing" a third party and that it was foreseeable that they would cohabit. In view of this finding, the trial judge correctly concluded that there was no material change of circumstances. There was no basis in fact or law for the Court of Appeal to reverse this conclusion. This is not an appropriate case to review the application of *Pelech*,

été conclue, l'appelante fréquentait un ami avec qui elle fait vie commune depuis mai 1989. En juillet de la même année, l'intimé présente, conformément à l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* de 1985, une requête en modification des mesures accessoires. Dans sa requête il demande (1) l'annulation de la pension alimentaire payable pour le bénéfice de l'enfant puisque ce dernier vit depuis le divorce avec lui; (2) une déclaration que l'appelante est autonome financièrement, et (3) l'annulation de la pension alimentaire payable à l'appelante. La preuve révèle que, pendant le mariage, l'appelante s'est occupée de la maison et de leurs trois enfants. Elle a également contribué aux activités de l'entreprise de l'intimé. L'appelante, maintenant âgée de 53 ans, n'est toutefois pas encore sur le marché du travail. Son nouveau compagnon lui verse entre 1 000 \$ et 1 300 \$ par mois et lui a consenti un prêt de 45 000 \$ pour l'achat d'un condominium. Pour le reste, ils partagent les dépenses communes. La Cour supérieure rejette les demandes d'annulation des ordonnances alimentaires. La Cour d'appel, invoquant la «présomption d'autonomie» suivant laquelle le créancier alimentaire vivant en union libre a le fardeau de prouver que, nonobstant la cohabitation, il a toujours besoin de sa pension alimentaire, a réduit la pension alimentaire payable à l'appelante à 1 250 \$ par mois. Elle annule également la pension alimentaire payable pour le bénéfice de l'enfant, à compter de la date du dépôt de la requête en modification des mesures accessoires.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci: La modification d'ordonnances alimentaires est régie par l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* de 1985 et le critère établi dans l'arrêt *Willick* s'applique. Pour qu'une ordonnance alimentaire puisse être modifiée en vertu de l'art. 17, il doit y avoir un changement important de circonstances, c'est-à-dire un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. Donc, si l'élément qu'on présente comme un changement était connu à l'époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d'une modification. En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'au moment de la convention l'intimé savait que l'appelante «fréquentait» une tierce partie, et qu'il était prévisible qu'elles cohabiteraient. Compte tenu de cette conclusion, le juge de première instance a statué à juste titre qu'il n'y avait aucun changement de circonstances important. Rien ne justifiait, en fait ou en droit, la Cour d'appel d'infirmier cette conclusion. La présente affaire ne se prête pas à l'examen de l'application des arrêts *Pelech*, *Richardson* et

Richardson and Caron to the support provisions of the 1985 *Divorce Act*.

Since the child is now married and independent, the conditions for variation exist with respect to the support payable for him. This support order should be cancelled from the date of the hearing of this appeal.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Since the question at issue must be considered in light of the principles stated in the 1985 *Divorce Act*, the criteria set out in *Pelech, Richardson and Caron*, which were rendered in the context of the provisions and philosophy of the 1968 *Divorce Act*, are inapplicable. The 1985 Act moved away from the tendency favouring a "clean break" which a majority of courts had adopted under the 1968 Act and emphasized the substantive rather than formal equality of the spouses in the marriage and at the time of the divorce. The 1985 Act thus rejected the presumption of economic self-sufficiency and substituted for it a number of criteria that would take into account the advantages and disadvantages to spouses accruing from the marriage or its breakdown. Without completely departing from the objective of economic self-sufficiency, the 1985 Act underlined that this objective can only be pursued "in so far as practicable".

For the initial support order to be varied under the 1985 *Divorce Act*, there must be a sufficient change between the parties to justify variation, as provided by s. 17(4) of that Act. The test set out in *Willick* in connection with an application to vary support for children applies *mutatis mutandis* to the variation of spousal support. Once the sufficiency of a change has been established, the court must next determine the extent of the variation and to do so it generally has to make an assessment of the entirety of the present circumstances of the parties. If they have concluded an agreement it must assess the agreement in light of the factors and objectives that govern spousal support under ss. 15(5), 15(7), 15(8), 17(4), 17(7) and 17(8). At the time of divorce the agreement is only one of the factors listed in s. 15(5) that should be taken into account in assessing *inter alia* the duration and amount of spousal support. The four objectives mentioned in s. 15(7) must also be considered. Additionally, s. 15(5) makes no mention of the necessity of a causal connection. In so far as a duty of support results from marriage, the notion of causality can only be dealt with in accordance with the various principles and objectives set out in the 1985 Act. Although s. 17, which governs variation orders, restates

Caron aux dispositions en matière de pension alimentaire contenues dans la *Loi sur le divorce* de 1985.

Étant donné que l'enfant est maintenant marié et indépendant, les conditions de modification existent à l'égard de la pension alimentaire dont il est le bénéficiaire. Cette ordonnance de pension alimentaire devrait être annulée à compter de la date d'audition du présent pourvoi.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Puisque la question en litige doit être examinée à la lumière des principes énoncés dans la *Loi sur le divorce* de 1985, les critères dégagés dans les arrêts *Pelech, Richardson et Caron*, qui ont été rendus dans le contexte des dispositions et de la philosophie de la *Loi sur le divorce* de 1968, sont inapplicables. La loi de 1985 se démarque de la tendance vers la «rupture nette» que les tribunaux avaient majoritairement adoptée en vertu de la loi de 1968 et met l'accent sur l'égalité réelle plutôt que formelle des conjoints dans le mariage et au moment du divorce. La loi de 1985 rejette ainsi la présomption d'indépendance économique pour lui substituer une série de critères de nature à tenir compte des avantages et désavantages des conjoints qui résultent du mariage ou du divorce. Sans toutefois se départir complètement de l'objectif d'indépendance économique, la loi de 1985 souligne que cet objectif ne saurait être poursuivi que «dans la mesure du possible».

Pour que l'ordonnance alimentaire initiale soit modifiée en vertu de la *Loi sur le divorce* de 1985, il faut, comme le prévoit le par. 17(4) de cette loi, qu'il soit survenu, entre les parties, un changement suffisant pour justifier une modification. Le critère énoncé dans l'arrêt *Willick* dans le contexte d'une demande de modification d'une pension alimentaire payable en faveur des enfants s'applique *mutatis mutandis* à la modification d'une pension alimentaire entre époux. La suffisance du changement établie, il faut ensuite déterminer l'étendue de la modification et, pour ce faire, il y a lieu généralement de procéder à une évaluation de l'ensemble de la situation présente des parties. Si elles ont conclu une convention, il faut alors l'évaluer au regard des facteurs et objectifs qui gouvernent la pension alimentaire en vertu des par. 15(5), 15(7), 15(8), 17(4), 17(7) et 17(8). Au moment du divorce, la convention n'est que l'un des facteurs énumérés au par. 15(5) dont il doit être tenu compte dans l'évaluation, entre autres, de la durée et du montant de la pension alimentaire. Les quatre objectifs mentionnés au par. 15(7) doivent également être pris en considération. Par ailleurs, le par. 15(5) ne fait aucune mention de la nécessité d'un lien de causalité. Dans la mesure où l'obligation alimentaire naît du mariage, on ne peut trai-

the general provisions applicable to a support order without specifically mentioning the obligation to take into account agreements concluded between the parties, it cannot be concluded that such agreements should be ignored when applications to vary support orders are made, especially when they were intended to be a final settlement and were ratified by the original support order, an order which must be taken into account. The weight to be given to these agreements will depend, first, on the extent to which the agreement reflects the principles and objectives stated in s. 17, and second, on the scope and nature of the change which has occurred, taking into account all the circumstances of the parties. The more the agreement or support order takes into account the various objectives of the 1985 Act, especially that of promoting an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown, the more likely it will be to influence the outcome of the variation application. Under the 1985 Act courts accordingly retain a discretionary power the exercise of which will depend on the particular facts of each case and which will be exercised in accordance with the factors and objectives mentioned in the Act. The existence of an agreement, final or otherwise, should not have the effect of precluding such an analysis.

In the case at bar the evidence discloses no change that would be sufficient to justify variation of the support order respecting the wife. The fact that the appellant is living with a companion certainly does not mean that she can be presumed to be financially independent. While the 1985 *Divorce Act* deals with the economic self-sufficiency of the former spouses, it is only as one of the many objectives that must be met by the support order. What is more, this concept of economic independence is only favoured "in so far as practicable". Further, if the support order provides that spousal support will cease as soon as the former spouse attains economic self-sufficiency, such self-sufficiency is not to be presumed: it must be proven. Such evidence has not been presented. First, the agreement, made and ratified by the support order initially rendered, was drawn up when the appellant was seeing the person who foreseeably would become her companion in the not too distant future. Second, the possibility that the appellant would become financially self-sufficient and rejoin the labour market, in view of her age, her absence from the labour market for many years and, presumably, the lack of any adequate professional training in a competitive

ter de la notion de causalité que conformément à l'ensemble des principes et objectifs visés par la loi de 1985. Même si l'art. 17, qui régit les ordonnances modificatives, reprend dans son ensemble les dispositions générales applicables à une ordonnance alimentaire sans spécifiquement mentionner l'obligation de tenir compte des conventions intervenues entre les parties, on ne peut conclure que de telles conventions doivent être ignorées lors de demandes de modification d'ordonnances alimentaires, surtout lorsqu'elles ont été conclues en guise de règlement définitif et sont entérinées par l'ordonnance alimentaire originale dont il doit être tenu compte. Le poids à accorder à ces conventions dépend, d'une part, de la mesure dans laquelle la convention reflète les principes et objectifs visés par l'art. 17 et, d'autre part, de l'ampleur et de la nature du changement survenu compte tenu de toutes les circonstances des parties. Plus la convention ou l'ordonnance alimentaire tiendra compte de l'ensemble des objectifs de la loi de 1985, notamment celui de promouvoir un partage équitable des conséquences économiques du mariage et du divorce, plus elle sera susceptible d'influencer l'issue de la demande de modification. Les tribunaux conservent donc, en vertu de la loi de 1985, un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice dépendra des faits particuliers de chaque cas et sera exercé conformément aux facteurs et aux objectifs énoncés dans cette loi. L'existence d'une convention, définitive ou non, ne doit pas servir de fin de non-recevoir à un tel examen.

En l'espèce, la preuve ne révèle aucun changement qui soit suffisant pour donner lieu à la modification de l'ordonnance alimentaire relative à l'épouse. Le fait que l'appelante fasse vie commune avec un compagnon ne saurait faire présumer de son autonomie financière. Bien que la *Loi sur le divorce* de 1985 traite de l'indépendance économique des ex-époux, c'est uniquement en tant qu'un des objectifs parmi d'autres que doit rencontrer l'ordonnance alimentaire. Qui plus est, cette notion d'indépendance économique n'est favorisée que «dans la mesure du possible». De plus, si l'ordonnance alimentaire prévoit que la pension alimentaire cessera dès que l'ex-époux aura atteint une indépendance économique, une telle indépendance ne se présume pas, elle doit être prouvée. Or une telle preuve n'a pas été apportée. D'une part, la convention intervenue et entérinée par l'ordonnance alimentaire rendue initialement l'a été alors que l'appelante fréquentait celui qui, de façon prévisible, serait son compagnon dans un avenir plus ou moins rapproché. D'autre part, la possibilité que l'appelante devienne autosuffisante sur le plan financier et rejoigne le marché du travail, étant donné son âge et son absence du marché du travail pendant de nombreuses

labour market, was entirely illusory, quite apart from the fact that she was unable to accumulate retirement pension and enjoy other benefits associated with employment. In short, given the current Act and the evidence, including the initial support order and the agreement entered into between the parties, which was intended to be final, the Court of Appeal was not justified in concluding that the appellant had attained adequate financial self-sufficiency to relieve the respondent of part of his support obligation as stipulated in the support order. Most importantly, it could not start from a presumption of financial self-sufficiency which is not supported by either the 1985 Act or its interpretation.

So far as the child support paid to the former wife is concerned, since the child is now married and self-supporting, which was not the case before the trial judge and in the Court of Appeal, the nature and magnitude of this change are such that the child support should be cancelled, from the date the appeal at bar was heard.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; **referred to:** *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; **not followed:** *Pelech v. Pelech*, [1987] 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:** *Corkum v. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275; *Snyder v. Snyder* (1987), 10 R.F.L. (3d) 144; *Schroeder v. Schroeder* (1987), 11 R.F.L. (3d) 413; *Williams v. Williams* (1988), 13 R.F.L. (3d) 321; *Willms v. Willms* (1988), 14 R.F.L. (3d) 162; *Droit de la famille — 382* (1988), 16 R.F.L. (3d) 379; *Brody v. Brody* (1990), 25 R.F.L. (3d) 319; *Publicover v. Publicover* (1987), 9 R.F.L. (3d) 308; *Lynk v. Lynk* (1989), 21 R.F.L. (3d) 337; *Doncaster v. Doncaster* (1989), 21 R.F.L. (3d) 357; *Fisher v. Fisher* (1989), 22 R.F.L. (3d) 225; *Story v. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 225; *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1; *Romanoff v. Romanoff* (1992), 41 R.F.L. (3d) 433; *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931; *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797; *Bush v. Bush* (1989), 21 R.F.L. (3d) 298; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; *Brockie v.*

années et, présument, l'absence de formation professionnelle adéquate dans un marché du travail compétitif, était tout à fait illusoire, sans compter le fait qu'elle n'a pas pu accumuler de pension de retraite et jouir d'autres bénéfices associés à l'emploi. En somme, compte tenu de la loi actuelle et de la preuve, y compris l'ordonnance alimentaire initiale et la convention des parties, laquelle se voulait définitive, la Cour d'appel n'était pas justifiée de conclure que l'appelante avait atteint une autonomie financière suffisante pour dégager en partie l'intimé de son obligation alimentaire telle que stipulée à l'ordonnance alimentaire. Elle ne pouvait surtout pas invoquer une présomption d'autonomie financière que ni la loi de 1985 ni son interprétation ne supportent.

Pour ce qui est de la pension alimentaire versée à l'ex-épouse pour le bénéfice de l'enfant, étant donné qu'il est maintenant marié et indépendant, ce qui n'était pas le cas devant le juge de première instance et la Cour d'appel, la nature et l'ampleur de ce changement sont telles qu'il y a lieu d'annuler cette pension alimentaire, à compter de la date d'audition du présent pourvoi.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; **arrêts mentionnés:** *Pelech 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.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; **arrêts non suivis:** *Pelech 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:** *Corkum c. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275; *Snyder c. Snyder* (1987), 10 R.F.L. (3d) 144; *Schroeder c. Schroeder* (1987), 11 R.F.L. (3d) 413; *Williams c. Williams* (1988), 13 R.F.L. (3d) 321; *Willms c. Willms* (1988), 14 R.F.L. (3d) 162; *Droit de la famille — 382* (1988), 16 R.F.L. (3d) 379; *Brody c. Brody* (1990), 25 R.F.L. (3d) 319; *Publicover c. Publicover* (1987), 9 R.F.L. (3d) 308; *Lynk c. Lynk* (1989), 21 R.F.L. (3d) 337; *Doncaster c. Doncaster* (1989), 21 R.F.L. (3d) 357; *Fisher c. Fisher* (1989), 22 R.F.L. (3d) 225; *Story c. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 225; *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1; *Romanoff c. Romanoff* (1992), 41 R.F.L. (3d) 433; *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931; *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797; *Bush c. Bush* (1989), 21 R.F.L. (3d) 298; *Messier c. Delage*, [1983] 2

Brockie (1987), 8 R.F.L. (3d) 302; *Droit de la famille* — 333, [1987] R.J.Q. 294.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8 [formerly S.C. 1967-68, c. 24], s. 11(1), (2).

Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15(5), (7), (8), 17(1), (4), (7), (8), (10).

Authors Cited

Bailey, Martha J. "Pelech, Caron, and Richardson" (1989-90), 3 *C.J.W.L.* 615.

Bala, Nicholas. "Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy: 'A Deal is a Deal'" (1988), 13 *Queen's L.J.* 1.

Canada. Law Reform Commission. *Family Law*. Ottawa: The Commission, 1976.

Canada. Department of Justice. *Divorce Law In Canada: Proposals For Change*. Ottawa: Department of Justice, 1984.

Davies, Christine. *Family Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1984.

Duff, David G. "The Supreme Court and the New Family Law: Working through the Pelech Trilogy" (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 542.

Durnford, John W., and Stephen J. Toope. "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), 42 *Can. Tax J.* 1.

Goubau, Dominique. "Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 279.

Heeneey, 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.

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.

Neave, Marcia. "Resolving the dilemma of difference: A critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.

Payne, Julien D. "Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson" (1989), 20 *R.G.D.* 477.

Payne, Julien D. "Spousal and Child Support After Moge, Willick and Levesque" (1995), 12 *C.F.L.Q.* 261.

Proudfoot, Patricia, and Karen Jewell. "Restricting Application of the Causal Connection Test: *Story v. Story*" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 143.

R.C.S. 401; *Brockie c. Brockie* (1987), 8 R.F.L. (3d) 302; *Droit de la famille* — 333, [1987] R.J.Q. 294.

Lois et règlements cités

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15(5), (7), (8), 17(1), (4), (7), (8), (10).

Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8 [auparavant S.C. 1967-68, ch. 24], art. 11(1), (2).

Doctrine citée

Bailey, Martha J. «Pelech, Caron, and Richardson» (1989-90), 3 *R.J.F.D.* 615.

Bala, Nicholas. «Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy: «A Deal is a Deal»» (1988), 13 *Queen's L.J.* 1.

Canada. Commission de réforme du droit. *Le droit de la famille*. Ottawa: La Commission, 1976.

Canada. Ministère de la Justice. *Propositions de réforme du droit du divorce au Canada*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1984.

Davies, Christine. *Family Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1984.

Duff, David G. «The Supreme Court and the New Family Law: Working through the Pelech Trilogy» (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 542.

Durnford, John W., and Stephen J. Toope. «Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation» (1994), 42 *Rev. fisc. can.* 1.

Goubau, Dominique. «Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada» (1993), 72 *R. du B. can.* 279.

Heeneey, 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.

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.

Neave, Marcia. «Resolving the dilemma of difference: A critique of «The Role of Private Ordering in Family Law»» (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.

Payne, Julien D. «Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson» (1989), 20 *R.G.D.* 477.

Payne, Julien D. «Spousal and Child Support After Moge, Willick and Levesque» (1995), 12 *C.F.L.Q.* 261.

Proudfoot, Patricia, and Karen Jewell. «Restricting Application of the Causal Connection Test: *Story v. Story*» (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 143.

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 *Can. J. Fam. L.* 95.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] Q.J. No. 673, J.E. 93-880 (*sub nom. Droit de la famille—1783*), allowing in part the respondent's appeal from a decision of the Superior Court rendered on May 20, 1990, allowing in part his application to vary a support order. Appeal allowed.

Simon Lahaie, for the appellant.

George Artinian, for the respondent.

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

¹ L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal concerns the variation of a support order made in a divorce judgment rendered pursuant to the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.) (formerly S.C. 1986, c. 4). That judgment ratified an agreement on corollary relief entered into between the parties. The question at issue is to what extent the court's discretion is limited by such an agreement.

I. Facts

² The appellant L.G. and the respondent G.B., 53 and 56 years old respectively, were married in 1960. Three children were born of the marriage. The two eldest, D. and B., had reached the age of majority when the divorce occurred. The youngest, F., was 12 years old and at boarding school at the time. The parties lived together for over 25 years during which the appellant looked after the maintenance and education of their three children, did the housework and also contributed to the activities of the respondent's business. The divorce took place on November 18, 1986.

³ The corollary relief agreement, signed between the parties beforehand, each with the assistance of

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.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] A.Q. n° 673, J.E. 93-880 (*sub nom. Droit de la famille—1783*), qui a accueilli en partie l'appel de l'intimé à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure rendu le 20 mai 1990, qui avait accueilli en partie sa requête en modification d'une ordonnance alimentaire. Pourvoi accueilli.

Simon Lahaie, pour l'appelante.

George Artinian, pour l'intimé.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi concerne la modification d'une ordonnance alimentaire rendue lors d'un jugement de divorce prononcé sous l'égide de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.) (auparavant S.C. 1986, ch. 4). Ce jugement entérine une convention conclue entre les parties relativement aux mesures accessoires. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure la discrétion du tribunal est limitée par une telle convention.

I. Les faits

L'appelante, L.G., et l'intimé, G.B., âgés respectivement de 53 et 56 ans, se sont épousés en 1960. Trois enfants sont nés de cette union. Les deux plus âgés, D. et B., avaient atteint l'âge de la majorité au moment du divorce. Quant au cadet, F., il était âgé de 12 ans et pensionnaire dans une école à cette époque. Les parties ont fait vie commune pendant plus de 25 ans, période au cours de laquelle l'appelante a, d'une part, vu à l'entretien et à l'éducation de leurs trois enfants et à tenir le ménage, et a contribué, d'autre part, aux activités de l'entreprise de l'intimé. Le divorce fut prononcé le 18 novembre 1986.

La convention relative aux mesures accessoires, préalablement signée par les parties, assistées cha-

independent legal counsel, contained the following stipulations. The parties would have joint custody of their minor son, the appellant having physical custody and the respondent visiting rights on the conditions specified therein. The respondent would pay the appellant \$2,600 a month as spousal support and \$100 a month for the minor child. The support was subject to indexing under art. 638 of the *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1980, c. 39. The respondent would also pay all the schooling, clothing, recreational and school meal expenses of their minor son. Any tax deduction for the dependant minor child would benefit the respondent.

The agreement further provided that the spousal support payable to the appellant would not be reduced unless she earned wages of more than \$15,000 a year. Any employment income over \$15,000 would reduce the spousal support by the amount of the excess.

On the question of the division of property, the agreement stated that the appellant would retain the ownership of the furniture but that, by February 1, 1987 at the latest, she would leave the marital home and transfer its ownership to the respondent. In the meantime, and after the appellant's departure, the respondent would pay all real estate taxes, water rates and other charges of a similar nature affecting the marital residence, as well as major repairs, fire and liability insurance and mortgage. The respondent further agreed to pay as compensation for enrichment, in full and final settlement of the provisions of the marriage contract and in final settlement of any amount which may otherwise be owed to the appellant, excluding support, the sum of \$120,000 without interest, payable in four equal instalments of \$30,000 on February 1, 1987 and on December 1 of 1987, 1988 and 1989.

At the time this agreement was entered into, the appellant was seeing a friend with whom she had been cohabiting since May 1989. The respondent had also begun cohabiting with a new companion.

cune de conseillers juridiques indépendants, comprend les stipulations suivantes. Les parties auront la garde conjointe de leur fils mineur, avec garde physique à l'appelante et droits de sortie à l'intimé aux conditions y spécifiées. L'intimé paiera, à titre de pension alimentaire pour l'appelante, la somme de 2 600 \$ par mois et, pour l'enfant mineur, 100 \$ par mois. La pension alimentaire sera assujettie à l'indexation prévue à l'art. 638 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1980, ch. 39. L'intimé assumera, de plus, tous les frais de scolarité, de vêtements, de loisirs et de nourriture à l'école de leur fils mineur. Toute déduction fiscale relative à l'enfant mineur en tant que dépendant bénéficiera à l'intimé.

La convention prévoit également que la pension alimentaire payable à l'appelante ne sera pas réduite sauf si cette dernière gagne un salaire supérieur à 15 000 \$ par année, auquel cas, la pension alimentaire sera réduite proportionnellement.

En ce qui concerne le partage des biens, la convention stipule que l'appelante conservera la propriété des meubles meublants, mais qu'au plus tard le 1^{er} février 1987, elle quittera le domicile conjugal et en transférera la propriété à l'intimé. Dans l'intervalle et après le départ de l'appelante, l'intimé acquittera tous les impôts fonciers, taxe d'eau et autres charges de nature similaire relatives au domicile conjugal, de même que les réparations majeures, l'assurance feu et responsabilité et l'hypothèque. L'intimé acceptait, en outre, de verser à titre de compensation pour enrichissement, de règlement global et final des dispositions du contrat de mariage et en règlement final de toute somme qui pourrait être autrement due à l'appelante, excluant la pension alimentaire, la somme de 120 000 \$, le tout sans intérêt, payable en quatre versements égaux de 30 000 \$ le 1^{er} février 1987, et le 1^{er} décembre pour les années 1987, 1988 et 1989.

À l'époque où cette convention a été conclue, l'appelante fréquentait un ami avec qui elle fait vie commune depuis mai 1989. L'intimé, quant à lui, fait également vie commune avec une nouvelle compagne.

7 In July 1989, the respondent, pursuant to s. 17 of the 1985 *Divorce Act*, filed an application to vary the corollary relief, seeking (i) legal custody of the child, a minor at the time (now married), (ii) cancellation of the child support of \$100 a month, (iii) a declaration that the appellant was financially self-sufficient, and (iv) cancellation of the spousal support payable to the appellant.

8 The evidence disclosed that the appellant, who was 45 years old at the time of divorce, is still not in the labour market and that her new companion pays her between \$1,000 and \$1,300 a month and lent her \$45,000 for the purchase of a condominium. They share all other common amenities.

9 The Quebec Superior Court allowed the respondent's application in part and, on an appeal by the respondent, the Court of Appeal allowed the appeal in part: hence the appeal at bar.

II. Judgments

Superior Court

10 With respect to the corollary relief relating to the parties' son, then living with his father, Benoit J. varied custody only to the extent of awarding physical custody to the respondent, and upheld the order for \$100 a month payable to the appellant for the child.

11 The trial judge stated that the question of spousal support must be looked at in light of all the evidence as well as the agreement concluded between the parties. After noting the respondent's admission as to his capacity to pay as well as the fact that there had been no unfavourable change in his financial situation since the divorce, he concluded:

[TRANSLATION] The [respondent] has not set any term to his obligation to pay the indexable spousal support nor to the [appellant's] right to receive this alimony and to be able to earn an indexable salary of \$15,000.00 without a reduction of the alimony. Clearly, the [respondent]

En juillet 1989, l'intimé présente, conformément à l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* de 1985, une requête en modification des mesures accessoires concluant à (i) la garde légale de l'enfant, à l'époque mineur (maintenant marié), (ii) l'annulation de la pension alimentaire de 100 \$ par mois payable pour leur fils, (iii) une déclaration d'autonomie financière de l'appelante, et (iv) l'annulation de la pension alimentaire payable à l'appelante.

La preuve révèle que l'appelante, âgée de 45 ans au moment du divorce, n'est toujours pas sur le marché du travail, et que son nouveau compagnon lui verse entre 1 000 \$ et 1 300 \$ par mois et lui a consenti un prêt au montant de 45 000 \$ pour l'achat d'un condominium. Pour le reste, ils partagent les dépenses communes.

La Cour supérieure du Québec a accueilli la requête de l'intimé en partie et, sur appel de l'intimé, la Cour d'appel a accueilli l'appel en partie, d'où le présent pourvoi.

II. Les jugements

Cour supérieure

En ce qui concerne les mesures accessoires relatives au fils des parties, qui habitait alors chez son père, le juge Benoit modifie le droit de garde uniquement quant à la garde physique qu'il confie à l'intimé tout en maintenant l'ordonnance alimentaire de 100 \$ par mois payable à l'appelante pour l'enfant.

Quant à la pension alimentaire payable pour l'appelante, le juge de première instance souligne que la question doit être examinée tant à la lumière de toute la preuve qu'au regard de la convention conclue entre les parties. Après avoir noté que l'intimé avait admis sa capacité de payer et que sa situation financière n'avait connu aucun changement défavorable depuis le divorce, il conclut:

[L'intimé] n'a pas fixé de terme à son obligation de payer la pension indexable ni de terme au droit de [l'appelante] de toucher cette pension et de pouvoir gagner un salaire de \$15,000.00 indexable sans diminution de pension. [L'intimé] ne saurait être admis à modifier la

cannot be permitted to alter the agreement which was freely entered into four years ago. However, the Court may later on conclude that the [appellant] has lost her entitlement to the present alimony because she has failed to discharge her responsibilities.

Considering the effect of the appellant's new circumstances, the judge concluded that her cohabitation with a third party was foreseeable at the time of divorce and the spousal support in the agreement would ordinarily have taken this into account. In spite of this, there was no stipulation reducing or cancelling the support in such circumstances. Furthermore, as the relationship offered no guarantee of any permanence, it could not secure the appellant's financial independence.

The application was therefore allowed in part, solely as to the physical custody of the then minor child.

Court of Appeal (per Vallerand, Baudouin and Fish J.J.A.), J.E. 93-880

Fish J.A., writing for the court, concluded that the appellant's new union [TRANSLATION] "[had] achieved sufficient stability for . . . the support obligations imposed on the ex-husband at the time of the divorce to be reassessed". The Court of Appeal considered that the agreement entered into between the parties was not a final settlement of all obligations pertaining to the marriage and its breakdown. Relying on the "presumption of self-sufficiency", according to which the recipient of spousal support who is living in a *de facto* union has the burden of showing that, notwithstanding the cohabitation, she still needs the support, the Court of Appeal reduced the amount payable to the appellant to \$1,250 a month as of April 20, 1993, the date of judgment. It cancelled the child support of \$100 a month retroactive to July 24, 1989. Only these two aspects of the support order are at issue before us.

III. Applicable Legislation

The case at bar is governed by the 1985 *Divorce Act*. Although ss. 17(1), 17(4) and 17(7) are

convention librement consentie il y a quatre ans. Cependant, il pourrait arriver que plus tard la Cour puisse juger que [l'appelante] perde le droit à la présente pension faite par cette dernière d'assumer ses responsabilités.

Relativement à l'incidence de la nouvelle situation de l'appelante, le juge a conclu que la cohabitation de l'appelante avec un tiers était prévisible au moment du divorce et que la pension alimentaire prévue à la convention devait normalement en tenir compte. Malgré ce fait, il n'y avait aucune stipulation réduisant ou annulant la pension alimentaire dans de telles circonstances. En outre, cette relation n'ayant aucun caractère de permanence, elle ne pouvait garantir l'autonomie financière de l'appelante.

La requête est donc accueillie en partie, soit uniquement quant à la garde physique de l'enfant encore mineur.

Cour d'appel (les juges Vallerand, Baudouin et Fish), J.E. 93-880

Le juge Fish, au nom de la cour, conclut que la nouvelle union de l'appelante «a atteint le degré de stabilité nécessaire afin [. . .] d'apprécier à nouveau les obligations alimentaires imposées à l'ex-mari au moment du divorce». Relativement à la convention conclue entre les parties, la Cour d'appel estime qu'elle n'est pas de la nature de celles qui règlent de façon définitive les obligations relatives au mariage et à son échec. Invoquant la «présomption d'autonomie» suivant laquelle le créancier alimentaire vivant en union libre a le fardeau de prouver que, nonobstant la cohabitation, il a toujours besoin de sa pension alimentaire, la Cour d'appel réduit le montant de la pension alimentaire payable à l'appelante à 1 250 \$ par mois à compter du 20 avril 1993, date du jugement. Elle annule la pension alimentaire de 100 \$ par mois payable au profit du fils des parties, rétroactivement au 24 juillet 1989. Seuls ces deux volets de l'ordonnance alimentaire sont en débat devant nous.

III. Les dispositions législatives pertinentes

La *Loi sur le divorce* de 1985 régit la présente instance. Bien que les par. 17(1), 17(4) et 17(7)

12

13

14

15

directly applicable here, ss. 15(5) and 15(7) and 17(8) of the Act are also relevant:

15. . . .

(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

- (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.

(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; or
- (b) a custody order or any provision thereof on application by either or both former spouses or by any other person.

(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,

soient ici directement applicables, les par. 15(5), 15(7) et 17(8) de cette loi sont également pertinents:

15. . . .

(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) 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.

(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;
- b) une ordonnance de garde ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne.

(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 der-

as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration that change.

(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.

IV. Analysis

The real question at the heart of this case concerns the effect of an agreement or consent order as to corollary financial relief, on a subsequent application to vary spousal support pursuant to the 1985 *Divorce Act*. Each party relied on *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, and *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892 (“the trilogy”).

In particular, the appellant alleged that the agreement entered into between her and her former husband is final and that, in view of the trilogy, the Court of Appeal erred in varying the support order based on that agreement. For his part, the respondent maintained that the agreement in question, unlike those which were the subject of the trilogy,

nière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, tient compte du changement en rendant l’ordonnance modificative.

(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.

IV. Analyse

La véritable question au cœur de ce litige a trait aux effets d’une convention relative aux mesures accessoires de nature financière ou d’une ordonnance rendue de consentement lors d’une demande subséquente de modification de l’ordonnance alimentaire en vertu de la *Loi sur le divorce* de 1985. Chacune des parties invoque en sa faveur les arrêts *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892 («la trilogie»).

Plus précisément, l’appelante allègue que la convention intervenue entre elle et son ex-époux est définitive et que, à la lumière de la trilogie, la Cour d’appel a eu tort de modifier l’ordonnance alimentaire fondée sur cette convention. L’intimé, pour sa part, soutient que, contrairement à celles qui ont fait l’objet de la trilogie, la convention en

is not a final one and, in any case, a fundamental change (having no causal connection with the marriage) has taken place in the situation of the appellant and their son which provides a basis for the remedy sought, in accordance with case law developed subsequent to the trilogy.

- 18 This leads me to review the trilogy, which was rendered in the context of the provisions and philosophy of the *Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24 (later R.S.C. 1970, c. D-8).

A. *The 1968 Divorce Act*

- 19 The relevant provisions of the 1968 *Divorce Act* dealing with support orders and their variation (as reproduced in the R.S.C. 1970) read as follows:

11. (1) Upon granting a decree nisi of divorce, the court may, if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them, make one or more of the following orders, namely:

(a) an order requiring the husband to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the wife,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the wife and the children of the marriage;

(b) an order requiring the wife to secure or to pay such lump sum or periodic sums as the court thinks reasonable for the maintenance of

- (i) the husband,
- (ii) the children of the marriage, or
- (iii) the husband and the children of the marriage; and

(c) an order providing for the custody, care and upbringing of the children of the marriage.

(2) An order made pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded by the court that made the order if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties since the making of

question n'était pas définitive et qu'à tout événement, il s'est produit un changement radical (n'ayant aucun lien de causalité avec le mariage) dans la situation de l'appelante et de leur fils donnant ainsi ouverture au remède recherché, conformément à la jurisprudence élaborée dans la foulée de la trilogie.

- Ceci m'amène à examiner la trilogie, rendue dans le contexte des dispositions et de la philosophie de la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24 (par la suite S.R.C. 1970, ch. D-8).

A. *La Loi sur le divorce de 1968*

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce* de 1968 qui concernent les ordonnances alimentaires et leur modification se lisaient ainsi:

11. (1) En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir:

a) une ordonnance enjoignant au mari d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

- (i) de l'épouse,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) de l'épouse et des enfants du mariage;

b) une ordonnance enjoignant à l'épouse d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

- (i) du mari,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) du mari et des enfants du mariage; et

c) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage.

(2) Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l'occasion ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue s'il l'estime juste et approprié compte tenu de la conduite des parties depuis que l'or-

the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them. [Emphasis added.]

It should be borne in mind here, as Professor C. Davies (*Family Law in Canada* (1984), at p. 328) has pointed out, that before the 1968 Act was enacted, divorce laws in Canada were far from uniform.

The main purpose of the 1968 Act was, first, to standardize divorce throughout Canada and to provide additional grounds for divorce. Further, the statute entitled courts to make corollary orders for support and custody upon granting divorce. Support orders had to take into account the conduct as well as the condition, means and other circumstances of the parties. The Law Reform Commission of Canada described the law of support in the following terms:

Before that time [the 1968 Act], the right to maintenance on divorce could only be lost as a result of a judicial determination, based on known, settled and pre-existing rules of law, that the claimant spouse had committed a matrimonial offence. This was arbitrary, but certain. The 1968 Act changed the law to allow the court to award maintenance in any event, but the result has been a maintenance rule that is both arbitrary and uncertain. The Act now requires that the award be based on the court's evaluation of conduct in addition to a consideration of the spouses' condition, means and circumstances. This means that the financial implications of a maintenance claimant's marital economic experience are always subject to the uncertainty of a behavioural evaluation according to whatever criteria a judge may find compelling. The proper standard of conduct is not defined by law, nor is the nature of the relationship between conduct and financial rights. Both these matters are, according to one appellate court decision, "within the entire and absolute discretion" of the trial judge. These inherently subjective standards lack the certainty that is essential if justice is to be done in determining the economic consequences of marriage breakdown, where the outcome will often represent the fruits of the labour of the spouses' adult lifetimes.

(*Family Law* (1976), at pp. 39-40.)

donnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent. [Je souligne.]

Comme l'a souligné le professeur C. Davies (*Family Law in Canada* (1984), à la p. 328), avant l'adoption de la loi de 1968, le droit canadien en matière de divorce était loin d'être uniforme.

La loi de 1968 avait pour principal objectif, d'une part, d'uniformiser le divorce à travers le Canada et, d'autre part, d'élargir les motifs de divorce. Par ailleurs, cette loi dotait les tribunaux du pouvoir de rendre des ordonnances accessoires en matière de pension alimentaire et de garde d'enfants au moment du prononcé du divorce. Les ordonnances alimentaires devaient tenir compte de la conduite, ainsi que des besoins, moyens et autres circonstances des parties. La Commission de réforme du droit du Canada décrit ainsi le droit au soutien après le divorce:

Avant cette loi [de 1968], le droit au soutien après le divorce ne pouvait se perdre que si un juge déterminait, d'après des règles de droit connues, établies et pré-existantes, que l'époux requérant avait commis un délit matrimonial. Ceci était arbitraire, mais certain. La loi de 1968 permet au tribunal d'accorder le soutien dans tous les cas, mais il en est résulté une règle à la fois arbitraire et incertaine. La loi oblige maintenant le tribunal à fonder l'octroi du soutien sur son évaluation de la conduite des époux en plus de l'étude de leur situation, de leurs moyens et de leurs conditions de vie. Ceci signifie que l'époux qui demande le soutien voit les implications financières de son expérience matrimoniale soumises à l'incertitude d'une évaluation de sa conduite fondée sur les critères, quels qu'ils soient, que le juge estime les plus valables. La norme de conduite n'est pas définie par la loi, non plus que la nature des rapports entre la conduite et les droits financiers. Ces deux questions sont, aux termes du jugement d'une cour d'appel, soumises «à la discrétion entière et absolue» du juge de première instance. Ces normes de nature fondamentalement subjective n'ont pas la certitude qui est essentielle pour que soient décidées avec justice les conséquences économiques de la rupture du mariage, étant donné surtout qu'il s'agit souvent des fruits du labour de toute la vie adulte des époux.

(*Le droit de la famille* (1976), à la p. 42.)

20

21

22

What was not spelled out in the 1968 Act was quickly made up by the courts, which adopted the concept of a "clean break", namely the marked tendency of the courts to assume that economic self-sufficiency of either spouse could and should be achieved as soon as possible after the divorce. In this context, spousal support could only be of a temporary nature, i.e. a means of enabling its recipient, generally the wife, to go into or return to the labour market, thus allowing the parties to rebuild their separate lives.

Ce que la loi de 1968 n'explicitait pas, la jurisprudence allait rapidement y suppléer par l'adoption du concept de la «rupture nette» (*clean break*), soit cette tendance marquée des tribunaux à présumer que l'indépendance économique de l'un ou l'autre des conjoints pouvait et devait s'acquérir dans les meilleurs délais après le divorce. La pension alimentaire, dans ce contexte, ne devait être que transitoire pour permettre au créancier alimentaire, généralement l'épouse, d'aller ou de retourner sur le marché du travail et permettre ainsi aux parties de refaire leur vie chacune de leur côté.

23

This is the context in which *Pelech, Richardson* and *Caron* were decided. Although the judgments were rendered in 1987, after the coming into force of the current *Divorce Act*, they dealt with consensual support orders made pursuant to the 1968 Act. *Pelech* and *Caron* involved motions to vary support orders based on s. 11(2) of that Act, while *Richardson* concerned a support order based on s. 11(1). In all three cases a separation agreement was entered into between the parties.

C'est dans ce contexte que s'insèrent les arrêts *Pelech, Richardson* et *Caron* qui, quoique prononcés en 1987, après l'entrée en vigueur de la présente *Loi sur le divorce*, concernaient des ordonnances alimentaires consensuelles rendues sous l'empire de la loi de 1968. Il était question, dans *Pelech* et *Caron*, de requêtes en modification d'ordonnances alimentaires fondées sur le par. 11(2) de cette loi, et dans *Richardson*, d'une ordonnance alimentaire fondée sur le par. 11(1). Dans les trois cas, une convention de séparation était intervenue entre les parties.

24

According to Wilson J., writing for the majority in *Pelech* (at pp. 851-53):

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.

Selon Madame le juge Wilson, qui rend le jugement au nom de la majorité dans *Pelech* (aux pp. 851 et 853):

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.

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.

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.

This restates the gist of the philosophy underlying the 1968 Act as formulated by a majority of the courts of that time.

La Forest J., dissenting in *Richardson, supra*, took a completely different approach at pp. 878-79:

To allow separation agreements the kind of compelling weight argued for in this case is effectively to rewrite the Act so as to provide that where such an agreement exists, the trial judge's discretion is solely to vary the agreement in those cases only where radical or, to use the expression employed in some cases, catastrophic changes have occurred since it was made.

I am not, as I mentioned earlier, saying that a separation agreement is not an important fact to be considered by the judge in exercising his or her discretion. Such an agreement falls within the factors "conduct of the parties" or "other circumstances" mentioned in s. 11(1). It is obviously better for the parties to settle their affairs whenever possible. As well, settlement by the parties assists the courts in performing their function; it can save time and costs. Still, the latter considerations should not be used as an excuse to displace the court's function. Consequently, as many courts have stated, while such an agreement should not lightly be disturbed, at the end of the day, the judge cannot be bound by it.

As discussed in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, both the case law and academic writers were not long to react to the trilogy. At the outset, Professor J. G. McLeod held the view that the rules set out in the trilogy should be applied to any non-consensual support order, even in the absence of a final agreement:

The reasons [of Wilson J.] 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;

C'était là reprendre l'essence de la philosophie sous-jacente à la loi de 1968 telle que dégagée majoritairement par les tribunaux à l'époque.

Le juge La Forest, dissident dans *Richardson*, précité, a exprimé un point de vue totalement différent aux pp. 878 et 879:

Accorder aux conventions de séparation la force obligatoire préconisée en l'espèce, c'est en fait récrire la Loi pour disposer que, lorsqu'une convention de ce genre existe, le pouvoir discrétionnaire du juge se borne à la modifier dans les cas uniquement où des changements radicaux ou, pour reprendre l'expression utilisée dans certaines décisions, catastrophiques se sont produits depuis qu'elle a été conclue.

Je ne prétends pas, comme je l'ai dit auparavant, qu'une convention de séparation n'est pas un fait important dont doit tenir compte le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Une telle convention se situe dans la catégorie des facteurs «conduite des parties» ou «autres circonstances» que mentionne le par. 11(1). Manifestement, il vaut mieux que les parties règlent elles-mêmes leurs affaires dans tous les cas où cela est possible. De même, la convention des parties aide les tribunaux à exercer leur fonction; elle peut permettre d'économiser temps et argent. Néanmoins, ces considérations ne devraient pas servir d'excuse pour destituer le tribunal de sa fonction. Par conséquent, comme l'ont affirmé un grand nombre de tribunaux, bien qu'une convention de ce genre ne doive pas être modifiée à la légère, en dernière analyse, elle ne saurait lier le juge.

Comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, tant la jurisprudence que la doctrine n'ont pas tardé à réagir à la trilogie. Dès le départ, le professeur J. G. McLeod préconisait l'application des principes énoncés dans la trilogie à toute ordonnance alimentaire non consensuelle, même en l'absence de convention définitive:

[TRADUCTION] Les motifs [de Madame le juge Wilson] auront 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;

25

26

27

(2) that the need arises for a legally acceptable reason; and

(3) that the need/inability is causally connected to the marriage. [Emphasis added.]

(Annotation (1987), 7 R.F.L. (3d) 225, at p. 232.)

See also D. R. McDermid in "The Causal Connection Conundrum" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 107, at p. 119.

28

Some courts adopted this approach, not without some hesitation in certain cases (*Corkum v. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275 (Ont. H.C.)), but more resolutely in others: *Snyder v. Snyder* (1987), 10 R.F.L. (3d) 144 (N.S.C.A.); *Schroeder v. Schroeder* (1987), 11 R.F.L. (3d) 413 (Man. Q.B.); *Williams v. Williams* (1988), 13 R.F.L. (3d) 321 (Nfld. S.C.); *Willms v. Willms* (1988), 14 R.F.L. (3d) 162 (Ont. C.A.); *Droit de la famille — 382* (1988), 16 R.F.L. (3d) 379 (Que. C.A.), and *Brody v. Brody* (1990), 25 R.F.L. (3d) 319 (Alta. Q.B.).

29

Other courts confined the trilogy to consensual situations: *Publicover v. Publicover* (1987), 9 R.F.L. (3d) 308 (N.S. Fam. Ct.); *Lynk v. Lynk* (1989), 21 R.F.L. (3d) 337 (N.S.C.A.); *Doncaster v. Doncaster* (1989), 21 R.F.L. (3d) 357 (Sask. C.A.); *Fisher v. Fisher* (1989), 22 R.F.L. (3d) 225 (Ont. Div. Ct.); *Story v. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 225 (B.C.C.A.); *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A.); *Romanoff v. Romanoff* (1992), 41 R.F.L. (3d) 433 (Man. Q.B.); *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931 (C.A.), and *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797 (C.A.).

30

In *Bush v. Bush* (1989), 21 R.F.L. (3d) 298 (Ont. U.F.C.), Judge Steinberg summarized the state of the law on the trilogy as follows (at pp. 302-3):

The trilogy has been widely reviewed and judicially interpreted in differing ways and the present state of the law of spousal maintenance is somewhat unclear.

Some courts have concluded that the causal connection test should be given a broad application in all spousal support applications, whether or not the actions

(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. [Je souligne.]

(Annotation (1987), 7 R.F.L. (3d) 225, à la p. 232.)

Voir aussi D. R. McDermid dans «The Causal Connection Conundrum» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 107, à la p. 119.

Quelques tribunaux ont emboîté le pas, non sans hésitation dans certains cas (*Corkum c. Corkum* (1988), 14 R.F.L. (3d) 275 (H.C. Ont.)), mais résolument dans d'autres: *Snyder c. Snyder* (1987), 10 R.F.L. (3d) 144 (C.A.N.-É.); *Schroeder c. Schroeder* (1987), 11 R.F.L. (3d) 413 (B.R. Man.); *Williams c. Williams* (1988), 13 R.F.L. (3d) 321 (C.S.T.-N.); *Willms c. Willms* (1988), 14 R.F.L. (3d) 162 (C.A. Ont.); *Droit de la famille — 382* (1988), 16 R.F.L. (3d) 379 (C.A. Qué.), et *Brody c. Brody* (1990), 25 R.F.L. (3d) 319 (B.R. Alb.).

Par contre, d'autres ont confiné la trilogie aux situations consensuelles: *Publicover c. Publicover* (1987), 9 R.F.L. (3d) 308 (C. fam. N.-É.); *Lynk c. Lynk* (1989), 21 R.F.L. (3d) 337 (C.A.N.-É.); *Doncaster c. Doncaster* (1989), 21 R.F.L. (3d) 357 (C.A. Sask.); *Fisher c. Fisher* (1989), 22 R.F.L. (3d) 225 (C. div. Ont.); *Story c. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 225 (C.A.C.-B.); *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A.); *Romanoff c. Romanoff* (1992), 41 R.F.L. (3d) 433 (B.R. Man.); *Droit de la famille — 1567*, [1992] R.J.Q. 931 (C.A.), et *Droit de la famille — 1688*, [1992] R.J.Q. 2797 (C.A.).

Dans l'affaire *Bush c. Bush* (1989), 21 R.F.L. (3d) 298 (C.U.F. Ont.), le juge Steinberg résume l'état de la jurisprudence relative à la trilogie comme suit (aux pp. 302 et 303):

[TRADUCTION] La trilogie a été le sujet de nombreuses analyses et d'interprétations diverses par les tribunaux, si bien que l'état actuel du droit en matière d'obligation alimentaire entre conjoints est assez vague.

Certains tribunaux ont conclu que le critère du lien de causalité devrait être appliqué de façon large dans toutes les demandes de pension alimentaire, qu'il s'agisse

are by way of an initial application or application to vary, whether or not there were prior existing agreements regarding maintenance as between the spouses, and whether or not the proceedings are under the Divorce Act, 1985, or the Family Law Act. Other courts have attempted to apply the ratio in the trilogy in a much narrower manner. My view tends towards the latter approach.

It should be noted that the decisions rendered in the trilogy were decided under the now repealed Divorce Act, 1968. The present application is under the Divorce Act, 1985, which contains criteria for the granting or varying of maintenance orders, which did not exist under the old legislation. In that context, I agree with the views of my colleague Judge Mendes da Costa that the principles in the trilogy should not be applied so as to "read into legislation words that are not there": see *Andreeff v. Andreeff*, Ontario Unified Family Court, 9th May 1989, at p. 11 (now reported 20 R.F.L. (3d) 277 at 285).

One must say that, prior to the trilogy, the state of the law was no clearer. Describing the effect of the more or less incoherent approach taken by courts Chouinard J., in *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, said the following (at p. 409):

I cannot state the matter any better than Judge Rosalie S. Abella of the Provincial Court, Family Division, for the judicial district of York in Toronto, did in an article entitled "Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support", (1981) 4 *Family Law Review* 1. She wrote the following at p. 1:

To try to find a comprehensive philosophy in the avalanche of jurisprudence which is triggered by the Divorce Act (R.S.C. 1970 c D-8) and the various provincial statutes is to recognize that the law in its present state is a Rubik's cube for which no one yet has written the Solution Book. The result is a patchwork of often conflicting theories and approaches.

For its part, academic commentary has generally been very critical of the trilogy. The commentator T. Heeney objected to the broad interpretation given to it:

In the trilogy, the Supreme Court of Canada has more or less stated that what is done should not be undone.

d'une première demande ou d'une demande de modification, qu'il existe déjà ou non entre les conjoints des conventions relatives à la pension alimentaire, et que les procédures soient instituées ou non sous le régime de la loi de 1985 sur le divorce ou de la Loi sur le droit de la famille. D'autres tribunaux ont tenté d'appliquer le raisonnement de la trilogie de façon beaucoup plus stricte. Je préfère cette dernière position.

Il convient de signaler que les décisions rendues dans la trilogie s'inscrivaient dans le contexte de la Loi sur le divorce de 1968, qui est aujourd'hui abrogée. La présente demande a été soumise sous le régime de la loi de 1985 sur le divorce, qui énumère les critères applicables pour rendre ou modifier une ordonnance alimentaire, lesquels n'existaient pas dans l'ancienne loi. Dans ce contexte, je suis d'accord avec mon collègue le juge Mendes da Costa pour dire que les principes énoncés dans la trilogie ne devraient pas être appliqués de façon à «considérer la loi comme incluant des mots qui n'y sont pas»: voir *Andreeff c. Andreeff*, Cour unifiée de la famille de l'Ontario, 9 mai 1989, à la p. 11 (maintenant publié à 20 R.F.L. (3d) 277, à la p. 285).

Il faut dire qu'avant la trilogie, l'état de la jurisprudence n'était guère plus clair. Décrivant l'effet de l'approche plus ou moins incohérente des tribunaux, le juge Chouinard, dans l'affaire *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, s'exprimait ainsi (à la p. 409):

Je ne puis mieux dire que Madame le juge Rosalie S. Abella de la Cour provinciale (Division de la famille) pour le District judiciaire de York (Toronto) dans un article intitulé «Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support», (1981) 4 *Family Law Review* 1. Elle écrit à la p. 1:

[TRADUCTION] La recherche d'une théorie globale dans l'avalanche de causes à laquelle la Loi sur le divorce (S.R.C. 1970, chap. D-8) et les différentes lois provinciales ont donné lieu permet de constater que dans son état actuel, le droit ressemble à un cube rubik pour lequel le cahier de solution n'a pas encore été rédigé. Il en résulte un rapiécage de théories et de points de vue contradictoires.

La doctrine, pour sa part, a généralement été très critique à l'endroit de la trilogie. Le commentateur T. Heeney s'est élevé contre l'interprétation large qu'on lui a donnée:

[TRADUCTION] Dans la trilogie, la Cour suprême du Canada a plus ou moins indiqué qu'on ne peut défaire

Finality is the pervasive judicial objective that runs through *Pelech, Caron* and *Richardson*. . . . Rarely, however, has a case been more misunderstood than *Pelech*, and rarely have courts been so willing to extract principles out of context, and apply them to fact situations where they simply do not fit. The quest for finality has led judges to cast in stone agreements that were never intended to be permanent and inflexible, and to impose constraints of finality on ongoing maintenance relationships, where finality is impossible. [Footnotes omitted.]

(“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, at p. 217.)

33

Similarly, Professor C. J. Rogerson criticized the effect of the causal connection as contemplated in *Pelech*:

The current causal connection test . . . is more aligned with the clean break model of spousal support. Just as the clean break theory arbitrarily deems self-sufficiency to exist, the causal link theory arbitrarily deems the causal link to have been broken, with the result that the claimant spouse is deemed responsible for his or her own support. Instead of presuming, until strong evidence to the contrary is led, a causal connection between a spouse’s inability to meet his or her needs and what went on during the marital relationship, the causal link test presumes the opposite.

(“The Causal Connection Test in Spousal Support Law” (1989), 8 *Can. J. Fam. L.* 95, at p. 122.)

34

Professor N. Bala, for his part, cautions:

. . . while the promotion of finality is desirable, this should not be used as a justification for precluding the judicial overriding of unfair agreements. Rather than discouraging the parties from entering into such agreements, knowledge that the courts may intervene to set aside unfair agreements should encourage the parties to initially enter into agreements which are fair. [Emphasis added.]

ce qui a été fait. On peut constater tout au long des arrêts *Pelech, Caron* et *Richardson*, que le caractère définitif était l’objectif visé par la Cour [. . .] Rarement, toutefois, une décision a-t-elle été si mal comprise que l’arrêt *Pelech*, et rarement les tribunaux ont-ils retiré aussi volontiers des principes de leur contexte pour les appliquer à des situations factuelles auxquelles ils ne conviennent simplement pas. La quête du caractère définitif a amené des juges à couler dans le ciment des conventions qui n’avaient jamais été destinées à être permanentes et rigides, et à imposer les contraintes du caractère définitif à des relations en cours en matière d’obligation alimentaire, où le caractère définitif est impossible. [Notes omises.]

(«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, à la p. 217.)

De même, le professeur C. J. Rogerson critique l’incidence du lien de causalité tel qu’envisagé dans l’arrêt *Pelech*:

[TRADUCTION] Le critère actuel du lien de causalité [. . .] se rapproche davantage du modèle d’obligation alimentaire fondé sur la rupture nette. Tout comme la théorie de la rupture nette présume arbitrairement qu’il y a indépendance économique, la théorie du lien de causalité présume arbitrairement que le lien de causalité a été rompu, si bien que le conjoint demandeur est censé subvenir à ses propres besoins. Plutôt que de présumer, jusqu’à ce qu’une forte preuve contraire soit soumise, qu’il existe un lien de causalité entre l’incapacité d’un conjoint de subvenir à ses besoins et la situation telle qu’elle existait pendant la relation conjugale, le critère du lien de causalité présume le contraire.

(«The Causal Connection Test in Spousal Support Law» (1989), 8 *Rev. can. d. fam.* 95, à la p. 122.)

Le professeur N. Bala, pour sa part, y va de ce *caveat*:

[TRADUCTION] . . . s’il est souhaitable de favoriser le caractère définitif, il ne devrait pas pour autant être interdit aux tribunaux de passer outre à des conventions inéquitables. Le fait de savoir que les tribunaux peuvent intervenir pour annuler les conventions inéquitables devrait non pas décourager les parties de les conclure, mais plutôt les encourager à conclure au départ des conventions qui soient équitables. [Je souligne.]

(“Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy: ‘A Deal is a Deal’” (1988), 13 *Queen’s L.J.* 1, at p. 61.)

See also, *inter alia*, D. G. Duff, “The Supreme Court and the New Family Law: Working through the *Pelech* Trilogy” (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 542; J. D. Payne, “Further Reflections on Spousal and Child Support After *Pelech*, Caron and Richardson” (1989), 20 *R.G.D.* 477; M. J. Bailey, “*Pelech*, Caron, and Richardson” (1989-90), 3 *C.J.W.L.* 615; P. Proudfoot and K. Jewell, “Restricting Application of the Causal Connection Test: *Story v. Story*” (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 143; 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; M. Neave, “Resolving the dilemma of difference: A critique of ‘The Role of Private Ordering in Family Law’” (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.

I must refer here to the dissent by La Forest J., which Professors J. W. Durnford and S. J. Toope underline as follows:

La Forest J penned a powerful dissenting opinion in which he challenged the analysis in *Pelech* by measuring its effects in a case such as *Richardson*. According to La Forest J, the majority’s emphasis upon protecting the sanctity of spousal contracts was misconceived, as was its supposed promotion of equal autonomy. The relevant legislation expressly allowed for judicial discretion in weighing the factors that should be considered in awarding support. The existence of a contract was only one such factor, albeit an important one. More fundamentally, La Forest J questioned the model of rational choice implicit in the majority reasons in *Pelech* and *Richardson*. He noted that divorce is one of the most stressful occasions in any person’s life and that many people do “very unwise things, things that are anything but mature and sensible, even when they consult legal counsel.” Agreements should not be treated as sacrosanct in this emotionally fraught context. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(“Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation” (1994), 42 *Can. Tax J.* 1, at pp. 17-18.)

(«Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy: «A Deal is a Deal»» (1988), 13 *Queen’s L.J.* 1, à la p. 61.)

Voir également, entre autres, D. G. Duff, «The Supreme Court and the New Family Law: Working through the *Pelech* Trilogy» (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 542; J. D. Payne, «Further Reflections on Spousal and Child Support After *Pelech*, Caron and Richardson» (1989), 20 *R.G.D.* 477; M. J. Bailey, «*Pelech*, Caron, and Richardson» (1989-90), 3 *R.J.F.D.* 615; P. Proudfoot et K. Jewell, «Restricting Application of the Causal Connection Test: *Story v. Story*» (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 143; 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; M. Neave, «Resolving the dilemma of difference: A critique of «The Role of Private Ordering in Family Law»» (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.

Je dois ici rappeler la dissidence du juge La Forest que les professeurs J. W. Durnford et S. J. Toope soulignent en ces termes:

[TRADUCTION] Le juge La Forest a rédigé une forte dissidence dans laquelle il a remis en question l’analyse de l’arrêt *Pelech* en en mesurant les effets dans une affaire telle l’affaire *Richardson*. Il estimait erronée, l’importance donnée par les juges majoritaires à la protection du caractère sacré des contrats conclus par les conjoints, tout comme la promotion de l’égalité dans l’autonomie. La loi applicable conférait expressément au juge le pouvoir discrétionnaire de soupeser les facteurs à prendre en considération dans l’attribution des aliments. L’existence d’un contrat n’était qu’un de ces facteurs, aussi important soit-il. Plus fondamentalement le juge La Forest a contesté le modèle du choix rationnel qui sous-tend implicitement les motifs des juges majoritaires dans les arrêts *Pelech* et *Richardson*. Le divorce, a-t-il souligné, est l’un des moments les plus traumatisants de la vie et il porte bien des gens à faire «des choses contraires au bon sens et qui sont loin d’être le fait d’adultes raisonnables, même lorsqu’ils ont recours à un conseiller juridique.» Dans ce contexte chargé d’émotion, les conventions ne devraient pas être considérées comme des textes sacro-saints. [Je souligne; notes omises.]

(«Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation» (1994), 42 *Rev. fisc. can.* 1, aux pp. 17 et 18.)

36

Finally, many writers such as Professor Rogerson have pointed out that the discussion prompted by the philosophy underlying the trilogy questions the very concept of marriage and its economic consequences:

What must be realized is that the debate about causal connection is really a debate about the purposes of spousal support in general, a debate which ultimately raises questions about our understanding of marriage as an institution. As Rosalie Abella has argued:

The problem (of the non-establishment of a uniform philosophy of support) really lies with an inability to agree on what the purposes of economic adjustments on divorce or separation should be. And this, not surprisingly, derives from an inability to agree on what the purpose of marriage should be. [Footnotes omitted.]

(“The Causal Connection Test in Spousal Support Law”, *supra*, at p. 103.)

37

This is precisely what the 1985 Act was to accomplish by, on the one hand, moving away from the tendency favouring a “clean break” which a majority of courts had adopted under the 1968 Act and its implicit presumption of economic self-sufficiency, and, on the other, by emphasizing the substantive rather than formal equality of the spouses in the marriage and at the time of the divorce.

B. *The 1985 Divorce Act*

38

In response to frequent criticism and rapid changes in society, in 1976, the Law Reform Commission of Canada tabled its report on family law, *supra*, an exhaustive study proposing a sweeping revision of the 1968 *Divorce Act* based on a different approach (at p. 1):

Changes we have experienced socially, as well as changes in the composition, structure, expectations and thwarted hopes of families and their members have at best led to palliative accommodations by the law to social pressures, such as making divorce generally available, but hardly to a re-examination of the image of the family the law reflects. This image may by now be

Finalemment, plusieurs, dont le professeur Rogerson, font remarquer que le débat suscité par la philosophie sous-jacente à la trilogie remet en cause la notion même du mariage et ses conséquences économiques:

[TRADUCTION] Ce qu’il faut réaliser, c’est que le débat qui entoure le lien de causalité porte en réalité sur les objectifs de l’obligation alimentaire en général, un débat qui en définitive soulève des questions quant à notre perception du mariage à titre d’institution. Comme l’a affirmé Rosalie Abella:

Le problème (de l’absence d’une philosophie uniforme en matière d’obligation alimentaire) réside véritablement dans l’impossibilité de se mettre d’accord sur ce que devraient être les objectifs des arrangements économiques qui interviennent lors d’un divorce ou d’une séparation. Cette impossibilité, il n’est guère étonnant, tient de l’incapacité de s’entendre sur ce que devrait être l’objectif du mariage. [Notes omises.]

(«The Causal Connection Test in Spousal Support Law», *loc. cit.*, à la p. 103.)

C’est précisément ce que la loi de 1985 allait accomplir en se démarquant, d’une part, de la tendance vers la «rupture nette» que les tribunaux avaient majoritairement adoptée en vertu de la loi de 1968 et la présomption d’indépendance économique qu’elle impliquait, et en mettant l’accent, d’autre part, sur l’égalité réelle plutôt que formelle des conjoints dans le mariage et au moment du divorce.

B. *La Loi sur le divorce de 1985*

En réponse à de nombreuses critiques et à l’évolution rapide de la société, la Commission de réforme du droit du Canada déposait, en 1976, son rapport sur le droit de la famille, *op. cit.*, une étude exhaustive qui proposait une réforme en profondeur de la *Loi sur le divorce* de 1968 à partir d’une approche différente (à la p. 1):

Les changements sociaux, les changements dans la constitution, la structure, les attentes et les frustrations des familles et de leurs membres ont donné lieu tout au plus à des palliatifs qui tentaient d’accommoder le droit aux pressions sociales, par exemple en facilitant l’accès au divorce, plutôt qu’à une remise en question de l’image de la famille que reflète le droit. Il est bien pos-

so far removed from reality that the law and its institutions may weaken rather than strengthen family life, especially in crisis situations.

The following observation by the Law Reform Commission is wholly relevant to the questions at issue here (at pp. 17-18):

When a marriage has broken down, there is much that the law ought to do to assist the persons affected by the radical changes in circumstances to adjust to the new situation and to protect those who have relied to their detriment on the expectation that marriage would be permanent. We suggest a shift in legal policy towards a process that focuses on the social and economic implications of marriage breakdown for the spouses and their children, premised on finding fair and constructive solutions to the problems resulting from the ending of this most important human relationship.

The federal Department of Justice later issued a series of proposals based on this report, which eventually served as a model for the 1985 *Divorce Act*. As regards support orders, the Department of Justice recommended the following approach:

The objectives of maintenance should be clearly spelled out in the *Divorce Act* to ensure that, as far as possible, the economic consequences of divorce are settled fairly and consistently in divorce cases. These objectives should establish general guidelines to be used in determining the nature and value of maintenance awards, ruling out such considerations as the behaviour of the spouses.

(Canada, Department of Justice, *Divorce Law In Canada: Proposals For Change* (1984), at p. 22.)

These principles are to be found in ss. 15 and 17 of the 1985 Act, which I have earlier cited in part.

The current Act, therefore, adopted as its underlying philosophy a partnership in marriage and, at the time of a divorce, an equitable division of its economic consequences between the spouses. It thus rejected the presumption of economic self-sufficiency and substituted for it a number of criteria that would take into account the advantages and disadvantages to spouses accruing from the mar-

sible que cette image soit à présent tellement distante de la réalité que la loi et ses institutions, au lieu de renforcer la famille, l'affaiblissent, particulièrement en situation de crise.

L'observation suivante de la Commission de réforme du droit est tout à fait pertinente aux questions ici en litige (à la p. 18):

Le droit devrait réagir à la rupture du mariage en faisant tout en son possible pour aider les personnes à s'accommoder du changement radical de leur situation et pour protéger ceux qui ont subi des préjudices parce qu'ils se sont fondés sur l'espérance que le mariage serait permanent. Nous croyons que la politique juridique devrait favoriser un processus orienté sur les conséquences sociales et économiques de la rupture du mariage pour les conjoints et leurs enfants et fondé sur la recherche de solutions justes et constructives aux problèmes résultant de la dissolution de cette relation humaine fondamentale.

Par la suite, le ministère de la Justice fédéral émettait une série de propositions s'inspirant de ce rapport, lesquelles allaient finalement servir de modèle à la *Loi sur le divorce* de 1985. En ce qui concerne l'obligation alimentaire, le ministère de la Justice préconisait l'approche suivante:

Les objectifs du soutien financier devraient être précisés dans la *Loi sur le divorce* afin que, dans la mesure du possible, les conséquences économiques du divorce soient réglées de façon juste et uniforme. Ces objectifs devraient établir des directives générales servant à fixer la nature et la valeur du soutien financier, sans tenir compte de facteurs comme le comportement des conjoints.

(Canada, ministère de la Justice, *Propositions de réforme du droit du divorce au Canada* (1984), à la p. 22.)

Ces principes se retrouvent aux art. 15 et 17 de la loi de 1985 que j'ai déjà cités en partie.

La loi actuelle adoptait donc, comme philosophie de base, le partenariat dans le mariage et, au moment du divorce, le partage équitable de ses conséquences économiques entre les époux. Elle rejetait ainsi la présomption d'indépendance économique pour lui substituer une série de critères de nature à tenir compte des avantages et désavantages des conjoints leur résultant du mariage ou du

39

40

41

riage or its breakdown. It did not, however, completely depart from the objective of economic self-sufficiency, although it underlined that this objective can only be pursued "in so far as practicable".

42 Paradoxically, after the enactment of the current Act, courts continued to rely on the pattern established under the 1968 Act, namely the clean break model of self-sufficiency as a primary objective, i.e. economic self-sufficiency of the recipient of alimony, generally the wife, as soon as possible after the divorce. This tendency, which actually became more marked after 1985, was attributed to the Supreme Court's judgments in *Messier v. Delage*, *supra*, and the trilogy, and, in particular, to the causal connection which it advocated, although these cases were decided under the 1968 Act.

43 Vigorous criticism from academic writers (see, for example, Rogerson, "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985 (Part I)*", *supra*; Payne, "Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson", *supra*; D. Goubau, "Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 279), and the reaction of certain courts, in particular the Quebec Court of Appeal (*Droit de la famille — 1688*, *supra*, per LeBel J.A.), were quick to challenge this trend, which they contended was at odds with the very language of the 1985 Act and its underlying philosophy. In *Moge v. Moge*, *supra*, the Supreme Court sought to put an end to the uncertainty that prevailed by adopting an interpretation of the 1985 Act consistent with its language and underlying philosophy, especially as regards support obligations and their subsequent variation.

44 That judgment clearly rejected the concept of formal equality which had previously prevailed and, with it, the main assumption at the heart of the economic self-sufficiency model:

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

divorce. Sans toutefois se départir complètement de l'objectif d'indépendance économique, la Loi soulignait que cet objectif ne saurait être poursuivi que «dans la mesure du possible».

Paradoxalement, les tribunaux ont continué, après l'adoption de la présente loi, à privilégier le modèle qui avait prévalu sous le régime de la loi de 1968, soit la rupture nette à base d'autonomie financière comme objectif principal, c'est-à-dire l'indépendance économique du créancier alimentaire, généralement l'épouse, aussitôt que possible après le divorce. Cette tendance, qui s'est en fait accentuée après 1985, a été attribuée aux arrêts de la Cour suprême *Messier c. Delage*, précité, et à la trilogie, et en particulier au lien de causalité que cette dernière préconisait, arrêts rendus, toutefois, sous l'empire de la loi de 1968.

Une vigoureuse critique de la part de la doctrine (voir, par exemple, Rogerson, «Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985 (Part I)*», *loc. cit.*; Payne, «Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson», *loc. cit.*; et D. Goubau, «Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada» (1993), 72 *R. du B. can.* 279), ainsi que la réaction de certains tribunaux, en particulier la Cour d'appel du Québec (*Droit de la famille — 1688*, précité, le juge LeBel), n'ont pas tardé à dénoncer cette tendance en désaccord, selon eux, avec les termes mêmes de la loi de 1985 et de sa philosophie sous-jacente. La Cour suprême, dans l'arrêt *Moge c. Moge*, précité, allait mettre fin à l'incertitude qui régnait en adoptant une interprétation de la loi de 1985 conforme à ses termes et à sa philosophie sous-jacente, particulièrement au regard de l'obligation alimentaire et de sa modification subséquente.

Cet arrêt rejette clairement la notion d'égalité formelle qui avait prévalu jusqu'alors et, avec elle, la présomption principale au cœur du modèle d'indépendance économique:

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

objectives, such as economic self-sufficiency, has been attained does not necessarily dispose of the matter.

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.

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.

In the result, I am respectfully of the view that the support model of self-sufficiency . . . cannot be supported as a matter of statutory interpretation, considering in particular the diversity of objectives set out in the Act.

(*Moge, supra*, at pp. 852, 853 and 857-58.)

This is the background against which this appeal comes to the Court. The specific point at issue is whether the criteria set out in the trilogy should continue to be applied under the 1985 Act.

In my opinion, the answer must be no and, in this connection, I agree with the analysis of Professor Payne in "Spousal and Child Support After *Moge, Willick and Levesque*" (1995), 12 *C.F.L.Q.* 261, at p. 271:

In my opinion, *Moge v. Moge* clearly demonstrates that we must turn to the *Divorce Act* to ascertain its application in all divorce cases where spousal support is sought, including those where a separation agreement has been negotiated to regulate spousal support. Under

fait que l'un des objectifs, par exemple l'indépendance économique, ait été atteint n'est pas déterminant en soi.

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.

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.

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 du seul modèle de l'indépendance économique en matière d'aliments . . .

(*Moge*, précité, aux pp. 852, 853, 857 et 858.)

C'est dans ce contexte que s'inscrit l'appel dont nous sommes saisis. La question précise qui se pose ici est de savoir si les critères dégagés dans la trilogie doivent continuer de s'appliquer sous l'empire de la loi de 1985.

À mon avis, la réponse doit être négative et je souscris, à cet égard, à l'analyse du professeur Payne dans «Spousal and Child Support After *Moge, Willick and Levesque*» (1995), 12 *C.F.L.Q.* 261, à la p. 271:

[TRADUCTION] À mon avis, l'arrêt *Moge c. Moge* démontre clairement que nous devons recourir à la *Loi sur le divorce* pour assurer son application dans toutes les affaires de divorce où un conjoint demande une pension alimentaire, y compris celles où une convention de

45

46

subsection 15(5) of the *Divorce Act*, an agreement is only one of many factors that must be considered in determining the right to, amount and duration of spousal support. Furthermore, all four of the objectives of spousal support orders under subsection 15(7) must be considered; their application is not excluded simply because a final agreement or settlement has been negotiated. There is no requirement or causal connection built into subsection 15(5) of the *Divorce Act*, although the notion of causal connection is recognized in subsections 15(7) and 17(7) of the *Divorce Act*. It is doubtful whether the principles defined in *Pelech*, *Caron* and *Richardson*, which were enunciated in the context of the *Divorce Act, 1968*, can survive. Although the Supreme Court of Canada trilogy was intended to provide more definitive guidelines that legal practitioners could apply with respect to the right to, amount and duration of spousal support, it has generated more confusion than precision and for that reason, if for no other, is unlikely to survive when the Supreme Court of Canada reviews the question. [Emphasis added; footnotes omitted.]

See also Goubau, *supra*, at p. 300.

47

The question here at issue must, therefore, be considered in light of the 1985 Act and the criteria which flow from it, as interpreted in *Moge*, *supra*. First, it must be determined whether a sufficient change has occurred between the parties to require the court's intervention. Second, the court must assess the effect of the agreement in light of the factors and objectives that govern spousal support under ss. 15(5), 15(7), 15(8), 17(4), 17(7) and 17(8) of the Act.

C. Variation of Support Orders

48

Variation of support orders is governed by s. 17 of the current Act. Section 17(4) states that before it varies 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". This provision applies to any variation of a support order, whether in favour of a spouse or of the chil-

séparation a été négociée afin de régler l'obligation alimentaire. Sous le régime du par. 15(5) de la *Loi sur le divorce*, la convention n'est qu'un facteur parmi tant d'autres qu'il faut considérer pour déterminer le droit à l'obligation alimentaire, le montant de cette obligation et sa durée. En outre, il faut tenir compte des quatre objectifs des ordonnances alimentaires énoncés au par. 15(7); leur application n'est pas exclue simplement parce qu'une convention ou un règlement définitifs ont été négociés. Le paragraphe 15(5) de la *Loi sur le divorce* ne comporte aucune exigence de lien de causalité, bien que la notion en question soit reconnue aux par. 15(7) et 17(7) de cette loi. Je doute que puissent survivre les principes établis dans les arrêts *Pelech*, *Caron* et *Richardson*, qui ont été énoncés dans le contexte de la *Loi sur le divorce* de 1968. La trilogie de la Cour suprême du Canada était destinée à fournir des lignes directrices plus précises, que les avocats pourraient appliquer relativement au droit à l'obligation alimentaire, au montant de cette obligation et à sa durée. Or, elle a suscité plus de confusion que de précision et est, pour cette raison tout au moins, peu susceptible de survivre lorsque la Cour suprême du Canada se penchera de nouveau sur la question. [Je souligne; notes omises.]

Voir aussi Goubau, *loc. cit.*, à la p. 300.

Il y a donc lieu d'examiner la question ici en litige à la lumière de la loi de 1985 et au regard des critères qui s'en dégagent, tels qu'interprétés dans l'arrêt *Moge*, précité. Il faut vérifier, d'une part, s'il est survenu, entre les parties, un changement suffisant pour déclencher l'intervention du tribunal et évaluer, d'autre part, l'incidence de la convention originale intervenue entre les parties, sur l'intervention du tribunal au regard des facteurs et objectifs qui gouvernent la pension alimentaire en vertu des par. 15(5), 15(7), 15(8), 17(4), 17(7) et 17(8) de la Loi.

C. La modification d'ordonnances alimentaires

La modification d'une ordonnance alimentaire est régie par l'art. 17 de la présente loi. Le paragraphe 17(4) précise qu'avant de modifier 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». Cette disposition s'applique à toute modi-

dren. Consequently, the test developed in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, in connection with support for children applies *mutatis mutandis* to the variation of spousal support. To begin with, the judge must determine whether there has been a change in the parties' situation since the last support order.

(1) Change

What sort of change is appropriate? *Willick*, *supra*, explained what is meant by "change". Sopinka J. said the following (at p. 688):

In deciding whether the conditions for variation exist, it is common ground that the change must be a material change of circumstances. This means a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation.

In that same decision I made the following observations (at pp. 733-34):

In my view, having regard for the wording of s. 17(4) of the Act, the preliminary threshold test ensures that . . . support orders will not be reassessed by courts anytime a change, however minimal, occurs in the circumstances of the parties or their children. This approach recognizes the value in some degree of certainty and stability between the parties. Parties must be encouraged to settle their difficulties without coming before the courts on each and every occasion. Nonetheless, the threshold test cannot be applied properly unless the sufficiency of the change in circumstances is evaluated against the backdrop of the particular facts of the case at hand. It is important to point out that the Act does not qualify "change" but merely states that "the court shall satisfy itself that there has been a change". . . . [Emphasis in original.]

As to what change is sufficient, I went on to say (at p. 734):

To begin with, "sufficiency" of the "change" must be defined in terms of the parties' overall financial situation. Moreover, the fact that a change was objectively foreseeable does not necessarily mean that it was con-

figuration d'ordonnance alimentaire, qu'il s'agisse de celle en faveur d'un époux ou de celle relative aux enfants. En conséquence, le test dégagé dans l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, dans le contexte d'une pension alimentaire pour enfants, s'applique *mutatis mutandis* à la modification d'une pension alimentaire entre époux. En premier lieu, il s'agit pour le juge de vérifier si un changement est survenu dans la situation des parties depuis la dernière ordonnance alimentaire.

(1) Le changement

De quel changement s'agit-il? *Willick*, précité, a explicité ce qu'on doit entendre par «changement». Le juge Sopinka s'exprime ainsi (à la p. 688):

Pour que les conditions de la modification existent, il est bien établi que le changement doit être important. Cela signifie un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l'élément qu'on présente comme un changement était connu à l'époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d'une modification.

Pour ma part, j'exprime le point de vue suivant dans ce même arrêt (aux pp. 733 et 734):

À mon avis, vu le texte du par. 17(4) de la Loi, le critère préliminaire fait en sorte que les ordonnances alimentaires [. . .] ne seront pas réexaminées par les tribunaux chaque fois qu'un changement, si mineur soit-il, survient dans la situation des parties ou des enfants. Cette analyse reconnaît l'importance d'un certain degré de certitude et de stabilité entre les parties. Celles-ci doivent être encouragées à régler leurs litiges sans recourir aux tribunaux à la moindre occasion. Toutefois, pour appliquer correctement le critère préliminaire, il faut évaluer le caractère suffisant du changement en fonction des faits particuliers à chaque espèce. Il importe de souligner que la Loi ne qualifie pas le «changement», se bornant à dire «le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement» . . . [Souligné dans l'original.]

J'ajoute, quant à la norme de suffisance du changement (à la p. 734):

Au départ, la «suffisance» du «changement» doit être définie en fonction de la situation financière globale des parties. De plus, le fait qu'un changement était objectivement prévisible ne signifie pas nécessairement qu'il

49

50

51

templated by the parties. Finally, although any change which is not contemplated may be considered by a judge to be sufficient, it is obvious that not every change will justify variation. Most importantly, however, and notwithstanding the above observations, while the onus of proving the sufficiency of the change in condition, means, needs or other circumstances rests upon the applicant . . . , the diversity of possible scenarios in family law dictates that courts maintain a flexible standard of judicial discretion which does not artificially limit the adaptability of the *Divorce Act* provisions. [Emphasis in original.]

(2) Agreement

52

The analysis which the court must undertake to determine the extent of the variation, once the sufficiency of a change has been established, was discussed in *Willick, supra*, where I noted in this connection (at pp. 734-35):

Once a sufficient change that will justify variation has been identified, the court must next determine the extent to which it will reconsider the circumstances underlying, and the basis for, the support order itself. For the reasons below, I believe that it is artificial for a court to restrict its analysis strictly to the change which has justified variation. Moreover, while a variation hearing is neither an appeal nor a trial *de novo*, where the alleged change or changes are of such a nature or magnitude as to make the original order irrelevant or no longer appropriate, then an assessment of the entirety of the present circumstances of the parties . . . is in order.

53

Section 15(5)(c) of the 1985 Act, which governs the initial support order, specifically provides, with respect to agreements entered into between spouses in contemplation of their divorce, that "[i]n making an order under this section, the court shall take into consideration . . . any order, agreement or arrangement relating to support of the spouse or child". An agreement is only one of the factors listed in s. 15(5) that should be taken into account in assessing *inter alia* the duration and amount of spousal support (*Brockie v. Brockie* (1987), 8 R.F.L. (3d) 302 (Man. C.A.)). In addition, the four objectives mentioned in s. 15(7) must also be considered.

ait été envisagé par les parties. Enfin, bien que tout changement qui n'a pas été prévu puisse être considéré par le juge comme «suffisant», il est évident que les changements ne justifieront pas tous une modification. De façon plus importante toutefois et malgré les remarques qui précèdent, si la charge d'établir le caractère suffisant du changement intervenu dans les ressources, les besoins ou la situation générale incombe au requérant [. . .], la diversité des scénarios possibles en droit de la famille impose aux tribunaux d'appliquer dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire une norme souple qui ne limite pas artificiellement l'adaptabilité des dispositions de la *Loi sur le divorce*. [Souligné dans l'original.]

(2) La convention

La suffisance du changement établie, l'analyse à laquelle doit se livrer le tribunal pour déterminer l'étendue de la modification a été discutée dans *Willick, précité*, où je note à cet égard (aux pp. 734 et 735):

Une fois établie l'existence d'un changement suffisant pour justifier la modification, le tribunal doit ensuite déterminer la mesure dans laquelle il va réexaminer les circonstances et le fondement de l'ordonnance alimentaire elle-même. Pour les motifs qui suivent, je crois que le tribunal restreindrait artificiellement son analyse s'il se bornait au changement justifiant la modification. De plus, bien que l'instance en modification ne soit ni un appel ni un procès *de novo*, il y a lieu, lorsque le ou les changements allégués sont d'une nature ou d'une ampleur telle qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée, de procéder à une évaluation de l'ensemble de la situation présente des parties . . .

En ce qui concerne les conventions intervenues entre époux en prévision de leur divorce, l'al. 15(5)(c) de la loi de 1985, qui régit l'ordonnance alimentaire initiale, prévoit spécifiquement qu'«[e]n rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal tient compte [. . .] [de] toute ordonnance, entente ou autre arrangement alimentaire au profit de l'époux ou de tout enfant à charge». Une entente n'est que l'un des facteurs énumérés au par. 15(5) dont il doit être tenu compte dans l'évaluation, entre autres, de la durée et du montant de la pension alimentaire (*Brockie c. Brockie* (1987), 8 R.F.L. (3d) 302 (C.A. Man.)). En outre, les quatre objectifs mentionnés au par. 15(7) doivent être pris en considération.

In s. 15(5), no mention is made of a necessary causal connection: it differs in this respect from s. 17(10), which does not apply here. In so far as a duty of support results from marriage (or from cohabitation under certain provincial statutes), the notion of causality can only be dealt with in accordance with the various principles and objectives set out in the 1985 Act, as Osborne J.A. noted in *Linton*, *supra*, at pp. 23 and 28-29:

Although there are many cases in which causal connection principles have been applied without much, if any, reference to the *Divorce Act* (1985) in my opinion causal connection principles are only relevant to the extent that a causal connection requirement or objective may be taken to emerge from the *Divorce Act* (1985). . . .

To the extent that causal connection principles can be found in s. 15(7)(a) of the *Divorce Act*, I do not think that those principles should be used to provide for a clean break or deemed self-sufficiency approach to support. . . . Although I acknowledge that self-sufficiency may lead to a clean break, it must be remembered that the objective of self-sufficiency, as referred to in s. 15(7)(d), is qualified. Thus, the clean break approach to support must be viewed as having a limited legislative underpinning.

Section 17, which governs variation orders, restates for its part the general provisions applicable to a support order without specifically mentioning the obligation to take into account agreements concluded between the parties. One should not conclude, however, that such agreements should be ignored when applications to vary support orders are made, especially when they were intended to be a final settlement, and were ratified by the original support order, an order which must be taken into account. As Wilson J. said in *Pelech* (at p. 850):

People should be encouraged to take responsibility for their own lives and their own decisions. This should be the overriding policy consideration.

Au paragraphe 15(5), par ailleurs, il n'est fait aucune mention d'un lien de causalité nécessaire, contrairement en cela au par. 17(10) qui n'a pas d'application ici. Dans la mesure où l'obligation alimentaire naît du mariage (ou de la cohabitation, en vertu de certaines lois provinciales), on ne peut traiter de la notion de causalité que conformément à l'ensemble des principes et objectifs visés par la loi de 1985, comme le note le juge Osborne dans *Linton*, précité, aux pp. 23, 28 et 29:

[TRADUCTION] Bien que les principes du lien de causalité aient été appliqués dans de nombreuses affaires sans que l'on mentionne vraiment, sinon pas du tout, la *Loi sur le divorce* de 1985, à mon avis les principes du lien de causalité ne sont pertinents que dans la mesure où l'on peut considérer que la *Loi sur le divorce* de 1985 fait du lien de causalité une exigence ou un objectif. . .

Dans la mesure où l'on peut constater l'existence des principes du lien de causalité à l'al. 15(7)a) de la *Loi sur le divorce*, je ne crois pas que ces principes devraient servir à prévoir une façon d'aborder l'obligation alimentaire, qui serait fondée sur la rupture nette ou la présomption d'indépendance économique. [. . .] Bien que je reconnaisse que l'indépendance économique peut entraîner une rupture nette, il faut se rappeler que l'objectif d'indépendance économique mentionné à l'al. 15(7)d) est tempéré. Aussi, la façon d'aborder l'obligation alimentaire, fondée sur la rupture nette, doit être considérée comme ayant un fondement législatif limité.

Pour sa part, l'art. 17, qui régit les ordonnances modificatives, reprend dans son ensemble les dispositions générales applicables à une ordonnance alimentaire sans spécifiquement mentionner l'obligation de tenir compte des ententes intervenues entre les parties. On ne saurait en conclure, pour autant, que de telles conventions doivent être ignorées lors de demandes de modification d'ordonnances alimentaires, surtout lorsqu'elles ont été conclues en guise de règlement définitif et sont entérinées par l'ordonnance alimentaire originale dont il doit être tenu compte. Comme le soulignait Madame le juge Wilson dans *Pelech* (à la p. 850):

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.

56

Having said that, while it is true that the parties should be encouraged to reach an agreement on the economic consequences resulting from their divorce rather than going to the courts, such agreements are only one factor, "albeit an important one", which must be considered in the exercise of the judge's discretionary power (Durnford and Toope, *supra*). The weight to be given to agreements will depend, first, on the extent to which the agreement reflects the principles and objectives stated in s. 17 of the 1985 Act and, second, on the scope and nature of the change which has occurred, taking into account all the circumstances of the parties. The more the agreement or support order takes into account the various objectives of the Act, especially that of promoting an equitable distribution of the economic consequences of the marriage and its breakdown, the more likely it will be to influence the outcome of the variation application. In drafting future agreements, counsel would be well advised to articulate the bases on which both spousal and child support covenants have been negotiated.

57

I should mention in passing that, in such an equitable distribution, the spouses may agree on various ways of dividing their assets depending on their financial situation at the time of divorce. Thus, spousal support for an unlimited time, such as that contemplated by the parties here, may well be compensatory in nature rather than simply needs based, especially when the parties do not have the resources to make a lump sum payment at the time of divorce, which may also, in some cases, confer some tax advantages. In the absence of any such mention in the agreement, the parties' intention in this regard cannot be presumed. However, it is clear here that nowhere in the agreement is there a mention of any attempt to dispose of the financial resources of the parties in accordance with the criteria laid down by the 1985 Act. No mention is made, for example, of the advantages and disadvantages resulting to the former spouses from the marriage or from its failure. It would thus be open to conclude that spousal support, unlimited as to time, could have been set taking these matters into account. Those are facts which the

Ceci dit, s'il est vrai qu'il faille encourager les parties à s'entendre sur les conséquences économiques leur résultant du divorce plutôt que d'avoir recours aux tribunaux, ces conventions ne constituent que l'un des facteurs, «aussi important soit-il», que doit considérer le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire (Durnford et Toope, *loc. cit.*). Le poids à accorder aux conventions dépendra, d'une part, de la mesure dans laquelle la convention reflète les principes et objectifs visés par l'art. 17 de la loi de 1985 et, d'autre part, de l'ampleur et de la nature du changement survenu compte tenu de toutes les circonstances des parties. Plus la convention ou l'ordonnance alimentaire tiendra compte de l'ensemble des objectifs de la Loi, notamment celui de promouvoir un partage équitable des conséquences économiques du mariage et du divorce, plus elle sera susceptible d'influencer l'issue de la demande de modification. Les avocats seraient bien avisés, dans l'élaboration de telles conventions, de bien préciser à l'avenir la base suivant laquelle la convention relative à la pension alimentaire pour l'épouse et les enfants a été négociée.

J'ouvre ici une parenthèse pour souligner que, dans un tel partage les conjoints peuvent convenir de divers modes de répartition de leurs biens dépendant de leur situation financière au moment du divorce. Ainsi, l'octroi d'une pension alimentaire à durée illimitée, comme celle que les parties ont ici envisagée, peut fort bien être de nature compensatoire plutôt que purement alimentaire, surtout lorsque les parties n'ont pas les ressources pour effectuer un paiement global au moment du divorce, ce qui peut aussi représenter un certain avantage fiscal dans certains cas. En l'absence de mention à la convention, on ne saurait présumer de l'intention des parties à cet égard. Toutefois, il est clair ici que la convention ne s'attarde aucunement à énoncer qu'elle dispose des ressources financières des parties en fonction des critères prévus à la loi de 1985. Il n'est fait nulle mention, par exemple, des avantages et inconvénients résultant aux ex-époux du mariage ou de son échec. Il serait donc possible d'en déduire que la pension alimentaire non limitée dans le temps pourrait avoir été fixée en tenant compte de ces éléments. Ce sont là

trial judge cannot ignore on an application to vary where an agreement has been entered into between the parties at the time of divorce or later. In this connection, as I noted earlier, it would clearly be useful for the parties to mention the various factors and objectives they took into account in their agreement to share the economic consequences of the marriage and its breakdown.

Having said that, the fact remains that, under the 1985 *Divorce Act*, courts retain a discretionary power the exercise of which will depend on the particular facts of each case and which will be exercised in accordance with the factors and objectives mentioned in the 1985 Act. The existence of an agreement, final or otherwise, should not have the effect of precluding such an analysis.

This is the background against which the appeal at bar must now be decided.

V. Application to the Facts

In light of the foregoing I consider that Benoit J. correctly applied the 1985 Act and made no error in his analysis of the evidence.

In particular, the trial judge took into account, as one factor among others, the agreement concluded between the parties at the time of the initial support order which one now wants to vary. He went on to consider whether there was evidence of a change since the support order, the nature and magnitude of which would justify the variation. After a careful review of the evidence, he came to the conclusion that such evidence had not been presented and he dismissed the respondent's application.

The respondent had relied on two events which, in his opinion, justified intervention by the Court. The first concerned the parties' son, F., who was a minor at the time and living with his father. Given that F. is now married and self-supporting, which was not the case before the trial judge and in the Court of Appeal, the nature and magnitude of the alleged change are such that the child support of

des faits que le juge du procès ne saurait ignorer lors d'une demande de modification là où une entente est intervenue entre les parties au moment du divorce ou subséquemment. Je note, à cet égard, comme je l'ai déjà mentionné, qu'il y aurait évidemment avantage à ce que les parties énoncent dans leur convention les divers facteurs et objectifs dont ils ont tenu compte dans le partage des conséquences économiques du mariage et du divorce.

Ceci dit, il reste que les tribunaux conservent, en vertu de la *Loi sur le divorce* de 1985, un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice dépendra des faits particuliers de chaque cas et sera exercé conformément aux facteurs et aux objectifs énoncés dans la loi de 1985. L'existence d'une convention, définitive ou non, ne doit pas servir de fin de non-recevoir à un tel examen.

C'est sur cette toile de fond qu'il convient maintenant de décider du pourvoi.

V. Application aux faits

À la lumière de ce qui précède, j'estime que le juge Benoit a correctement appliqué la loi de 1985 et n'a commis aucune erreur dans son analyse de la preuve.

Plus particulièrement, le juge de première instance a tenu compte, comme facteur parmi d'autres, de la convention intervenue entre les parties au moment de l'ordonnance alimentaire initiale dont on demande modification. Il s'est ensuite demandé si on avait démontré un changement depuis l'ordonnance alimentaire dont la nature et l'ampleur en justifieraient la modification. Après analyse soigneuse de la preuve, il en est arrivé à la conclusion que cette preuve n'avait pas été apportée et il a rejeté la requête de l'intimé.

L'intimé avait invoqué deux événements qui, à son avis, justifiaient l'intervention du tribunal. Le premier concernait le fils des parties, F., lequel était mineur à l'époque et demeurait chez son père. Étant donné que F. est maintenant marié et indépendant, ce qui n'était pas le cas devant le juge de première instance et la Cour d'appel, la nature et l'ampleur du changement allégué sont telles qu'à

58

59

60

61

62

\$100 a month should be cancelled, as it was by the Court of Appeal.

63

The other change alleged is the fact that, since 1989, the appellant has been living with the person she was seeing at the time of the divorce. The trial judge analysed the evidence in this regard and concluded:

[TRANSLATION] The fact that [the appellant] shares an apartment with a third person is a new fact. The question that must be answered is whether this new fact is a change that can affect the support order. At the time the consent was signed [the appellant] was seeing this third person, to [the respondent's] knowledge. It was in the ordinary course of events foreseeable that after the divorce, especially in the circumstances, [the appellant] would live with the third party or some other third party. The hypocritical maintenance of separate residences should not be encouraged in any case. Although the event was foreseeable, [the respondent] did not see fit at the time to stipulate that entitlement to the alimony would cease, or even that it would be reduced, if the respondent lived with someone else. As [the appellant] has not remarried, she cannot exercise any right against her companion and he has no obligation to her. Additionally, there is no guarantee that the relationship between [the appellant] and the third party will be permanent. . . . For the moment the situation should not cause the respondent to lose her right to alimony.

64

On the same evidence, the Court of Appeal came to a different conclusion solely on the basis of what it called the "presumption of self-sufficiency". If I understand this concept fully, as the Court of Appeal applied it to the circumstances of the case at bar, the fact of living together creates a presumption that the recipient of spousal support has become financially self-sufficient and that, accordingly, at least *prima facie*, the payer of the support is released in whole or in part from his or her support obligation.

65

There is nothing in the 1985 Act that supports such a presumption. While the Act deals with the economic self-sufficiency of the former spouses, it is only as one of the many objectives that must be met by the support order (s. 17(7)(d)). What is more, this concept of economic independence is only favoured "in so far as practicable".

l'instar de la Cour d'appel, il y a lieu d'annuler cette pension alimentaire de 100 \$ par mois.

L'autre changement allégué est le fait que, depuis 1989, l'appelante habite avec celui qu'elle fréquentait lors du divorce. Le juge de première instance a analysé la preuve à cet égard pour conclure:

Le fait que [l'appelante] partage un appartement avec un tiers constitue un fait nouveau. La question à laquelle il faut répondre est si ce fait nouveau constitue un changement susceptible d'affecter l'ordonnance alimentaire. Au moment de la signature du consentement, [l'appelante] rencontrait ce tiers, à la connaissance [de l'intimé]. Il était normalement prévisible qu'après divorce, principalement dans les circonstances, [l'appelante] vivrait avec ce tiers ou tout autre tiers. Il ne faut tout de même pas encourager le maintien hypocrite de logements distincts. Nonobstant la prévisibilité, [l'intimé] n'a pas jugé approprié à l'époque de stipuler la perte du droit à la pension ou même de diminution advenant que l'intimée vive avec un autre. [L'appelante] ne s'étant pas remariée, elle ne peut exercer aucun droit contre son compagnon et celui-ci n'est tenu d'aucune obligation envers elle. De plus, la relation entre [l'appelante] et le tiers ne comporte aucune assurance de permanence. [. . .] La situation ne doit pas pour le moment faire perdre à l'intimée son droit à la pension.

Devant cette même preuve, la Cour d'appel en est venue à une conclusion différente uniquement sur la base de ce qu'elle a appelé la «présomption d'autonomie». Si je comprends bien cette notion, telle que la Cour d'appel l'a appliquée aux circonstances de cette affaire, le fait de faire vie commune créerait une présomption suivant laquelle le créancier alimentaire serait devenu autonome financièrement et qu'en conséquence, le débiteur alimentaire serait en totalité ou en partie libéré de son obligation alimentaire, du moins *prima facie*.

Or, rien dans la loi de 1985 n'autorise pareille présomption. Si la Loi traite de l'indépendance économique des ex-époux, c'est uniquement comme l'un des objectifs parmi d'autres que doit rencontrer l'ordonnance alimentaire (al. 17(7)d)). Qui plus est, cette notion d'indépendance économique n'est favorisée que «dans la mesure du possible».

If such a “self-sufficiency presumption” may have existed due to the interpretation given to the 1968 Act by doctrine and jurisprudence, it is no longer possible under the 1985 Act. The main decision cited by the Court of Appeal in support of the rule on which it relied, *Droit de la famille — 333*, [1987] R.J.Q. 294, in fact concerned a support order rendered pursuant to the former Act. As I mentioned earlier, such an interpretation is no longer possible under the current Act for the reasons that I have discussed above.

Clearly, if the support order provides that spousal support will cease as soon as the former spouse attains economic self-sufficiency, as this concept is expressed in the 1985 Act, and this is a question of fact in each case, then the support obligation will end. However, such economic self-sufficiency is not to be presumed: it must be proven.

In the case at bar such evidence has not been presented. First, the agreement, made and ratified by the support order initially rendered, was drawn up when the appellant was seeing the person who foreseeably, would become her companion in the not too distant future. Second, the possibility that the appellant would become financially self-sufficient and rejoin the labour market, in view of her age, 53, her absence from the labour market for many years and, presumably, the lack of any adequate professional training in a competitive labour market, was entirely illusory, quite apart from the fact that she was unable to accumulate retirement pension and enjoy other benefits associated with employment. Despite the fact that there was no evidence in this regard, the parties were undoubtedly well aware of the situation since the support obligation undertaken by the respondent was not limited in time, but only as to the amount and, for that matter, conditionally.

Finally, the fact that the appellant is living with a companion certainly does not mean that she can be presumed to be financially independent, no

Si une telle «présomption d'autonomie» a pu exister, par suite de l'interprétation que la doctrine et la jurisprudence ont donnée à la loi de 1968, la loi de 1985 ne l'autorise plus. Le principal arrêt que cite la Cour d'appel à l'appui du principe dont elle s'inspire, *Droit de la famille — 333*, [1987] R.J.Q. 294, concernait d'ailleurs une ordonnance alimentaire rendue sous l'égide de l'ancienne loi. Or, comme je l'ai mentionné précédemment, une telle interprétation n'est plus possible sous le régime de la présente loi pour les motifs que j'ai exposés.

Il va de soi que si l'ordonnance alimentaire prévoit que la pension alimentaire cessera dès que l'ex-époux aura atteint une indépendance économique, dans toutes les dimensions que comporte cette notion telle qu'explicitée à la loi de 1985, ce qui constitue une question de faits propre à chaque cas, l'obligation alimentaire s'éteindra. Une telle indépendance économique ne se présume toutefois pas, elle doit être prouvée.

Dans le cas qui nous occupe, une telle preuve n'a pas été apportée. D'une part, la convention intervenue et entérinée par l'ordonnance alimentaire rendue initialement l'a été alors que l'appelante fréquentait celui qui, de façon prévisible, serait son compagnon dans un avenir plus ou moins rapproché. D'autre part, la possibilité que l'appelante devienne autosuffisante sur le plan financier et rejoigne le marché du travail, étant donné son âge, 53 ans, et son absence du marché du travail pendant de nombreuses années et, présument, l'absence de formation professionnelle adéquate dans un marché du travail compétitif, était tout à fait illusoire, sans compter le fait de n'avoir pu accumuler de pension de retraite et jouir d'autres bénéfices associés à l'emploi. Malgré que la preuve soit silencieuse à ce chapitre, les parties en étaient sans doute bien conscientes puisque l'obligation alimentaire à laquelle l'intimé s'était engagé n'était aucunement limitée dans le temps, mais uniquement quant au montant et, en cela, conditionnellement.

Finalement, le fait que l'appelante fasse vie commune avec un compagnon ne saurait faire présumer de son autonomie financière, pas plus que le

66

67

68

69

more than the fact that if the respondent had been in the same circumstances as the appellant at the time of the divorce, he could have been regarded as financially independent merely because he was living with a companion who was in the labour market and sharing common expenses, as well as giving him a gift and a loan. In short, the evidence discloses no change that would be sufficient to justify variation of the support order rendered four years earlier when the divorce was granted.

fait que l'intimé, eut-il été dans les mêmes conditions que l'appelante au moment du divorce, n'aurait pu être qualifié d'autonome financièrement du seul fait de faire vie commune avec une compagne qui, elle, serait sur le marché du travail et partagerait les dépenses communes en plus de lui faire un don et un prêt. Bref, la preuve ne révèle aucun changement qui soit suffisant pour donner lieu à la modification de l'ordonnance alimentaire rendue quatre ans auparavant lors du prononcé du divorce.

70 In these circumstances, given the current Act and the evidence in the case at bar, including the initial support order and the agreement entered into between the parties, which, in my view, was intended to be final, the Court of Appeal was not justified in concluding that the appellant had attained adequate financial self-sufficiency to relieve the respondent of part of his support obligation as stipulated in the support order. Most importantly, it could not start from a presumption of financial self-sufficiency which is not supported either by the 1985 Act or the interpretation given to it (*Moge, supra*). I note that the Court of Appeal's judgment differs from an earlier judgment of the same court in which LeBel J.A wrote:

[TRANSLATION] Reading the provisions of the [1985] *Divorce Act* confirms both the complexity and diversity of the objectives sought both when the initial support is granted and when a variation order is made. Making the attaining of financial self-sufficiency as quickly as possible and a clean break in prior relations the central objective of this legislation is an oversimplification.

(*Droit de la famille — 1688, supra*, at p. 2804.)

Dans ces circonstances, compte tenu de la présente loi et de la preuve dans le cas qui nous occupe, y compris l'ordonnance alimentaire initiale et la convention des parties, laquelle, à mon avis, se voulait définitive, la Cour d'appel n'était pas justifiée de conclure que l'appelante avait atteint une autonomie financière suffisante pour dégager en partie l'intimé de son obligation alimentaire telle que stipulée à l'ordonnance alimentaire. Elle ne pouvait surtout pas invoquer une présomption d'autonomie financière que ni la loi de 1985 ni l'interprétation qui lui a été donnée ne supportent (*Moge*, précité). La décision de la Cour d'appel se démarque, par ailleurs, d'une décision antérieure de la même cour où le juge LeBel écrit:

La lecture des dispositions de la *Loi sur le divorce* [de 1985] confirme à la fois la complexité et la diversité des objectifs recherchés tant lors de l'octroi du soutien alimentaire initial qu'au moment d'une ordonnance modificative. On en donne une interprétation simplificatrice lorsque l'on fait de l'obtention de l'autonomie financière dans les plus brefs délais et de la rupture nette des relations antérieures, l'objectif central de cette législation.

(*Droit de la famille — 1688, précité*, à la p. 2804.)

71 In light of the foregoing, in view of the error of principle it made and the deference owed by an appellate court to the findings of a trial judge, the intervention of the Court of Appeal was inappropriate.

VI. Conclusion

72 For these reasons I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the order made by the trial judge, except as to the support order payable for the parties' son,

À la lumière de ce qui précède, compte tenu de l'erreur de principe qu'elle a commise ainsi que de la déférence due par une cour d'appel envers le juge du procès, l'intervention de la Cour d'appel n'était pas appropriée.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmes le jugement de la Cour d'appel et je rétablirais l'ordonnance rendue par le juge de première instance, sauf quant à l'ordonnance alimentaire

which I would cancel from the date the appeal at bar was heard, the whole with costs to the appellant in all courts.

The judgment of Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons prepared by my colleague L'Heureux-Dubé J. and agree with the disposition of the appeal which she proposes. I also agree with her reasons wherein she states that variation of support orders is governed by s. 17 of the current *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), and that the test developed in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, applies. In that case, a majority agreed with the following statement of the threshold test for determining a change of circumstances (at p. 688):

In deciding whether the conditions for variation exist, it is common ground that the change must be a material change of circumstances. This means a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation.

Here, the trial judge found as a fact that at the time of the agreement the respondent knew that the appellant was "seeing" the third party and that it was foreseeable that they would cohabit. In view of this finding, the trial judge correctly concluded that there was no material change of circumstances. There was no basis in fact or law for the Court of Appeal to reverse this conclusion.

While I fully agree that this Court, in an appropriate case, will have to review the application of the trilogy (*Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, and *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892) to the support provisions of the 1985 *Divorce Act*, in my view this is not the appropriate case. Apart from being unnecessary to this decision, the case was not presented on this basis. No mention of the trilogy is made in the reasons of the trial judge. The

payable en faveur du fils des parties que j'annulerais à partir de la date de l'audition du présent pourvoi, le tout avec dépens dans toutes les cours en faveur de l'appelante.

Version française du jugement des juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE SOPINKA — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé et je souscris à la façon dont elle propose de statuer sur le pourvoi. Je suis également d'accord avec ses motifs voulant que la modification d'ordonnances alimentaires soit régie par l'art. 17 de l'actuelle *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), et que le critère établi dans l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, s'applique. Dans cet arrêt, la Cour à la majorité a souscrit à l'énoncé suivant du critère préliminaire applicable pour déterminer s'il y a un changement de circonstances (à la p. 688):

Pour que les conditions de la modification existent, il est bien établi que le changement doit être important. Cela signifie un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l'élément qu'on présente comme un changement était connu à l'époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d'une modification.

En l'espèce, le juge de première instance a tiré la conclusion de fait qu'au moment de la convention l'intimé savait que l'appelante «fréquentait» la tierce partie, et qu'il était prévisible qu'elles cohabiteraient. Compte tenu de cette conclusion, le juge de première instance a statué à juste titre qu'il n'y avait aucun changement de circonstances important. Rien ne justifiait, en fait ou en droit, la Cour d'appel d'infirmier cette conclusion.

Bien que je convienne parfaitement que la Cour aura, dans un cas approprié, à examiner l'application de la trilogie (*Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892) aux dispositions en matière de pension alimentaire contenues dans la *Loi sur le divorce* de 1985, j'estime que la présente affaire ne s'y prête pas. Outre le fait que cet examen n'est pas nécessaire aux fins du présent arrêt, l'argumentation n'a

73

74

75

Court of Appeal, while mentioning the trilogy, found the cases unapplicable and reversed the trial judge on the basis of a presumption of self-sufficiency based on the appellant's new relationship. I agree with L'Heureux-Dubé J. that the Court of Appeal erred in this respect. In this Court, any reference to the trilogy was at best at the periphery of the main argument.

pas porté sur ce point. Aucune mention de la trilogie n'est faite dans les motifs du juge de première instance. Bien qu'elle l'ait mentionnée, la Cour d'appel a jugé la trilogie inapplicable et a infirmé la décision du juge de première instance en raison d'une présomption d'autonomie fondée sur la nouvelle liaison de l'appelante. Je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que la Cour d'appel a commis une erreur sur ce point. Devant notre Cour, toute référence à la trilogie a été tout au plus accessoire à l'argumentation principale.

76

I would, however, dispose of the appeal as proposed by my colleague.

Je suis toutefois d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon proposée par ma collègue.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellant: Alarie, Legault & Associés, Montreal.

Procureurs de l'appelante: Alarie, Legault & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent: Martineau, Walker, Montreal.

Procureurs de l'intimé: Martineau, Walker, Montréal.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1995 Vol. 3

3^e cahier, 1995 Vol. 3

Cited as [1995] 3 S.C.R. 405-592

Renvoi [1995] 3 R.C.S. 405-592

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Amos v. Insurance Corp. of British Columbia 405

Insurance law — Interpretation — Driver shot in attempted hijacking of van — Regulation (s. 79(1)) providing coverage for "injury caused by an accident that arises out of the ownership, use or operation of a vehicle" — Whether or not a "causal connection" test should be used in interpreting s. 79(1) of the Regulation — If so, whether or not such a connection existed between the accident and the ownership — Whether or not van merely situs of a shooting and not causally connected to injuries — Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, s. 79(1).

Cohnstaedt v. University of Regina 451

Contracts — Employment — Breach of contract — Damages — Assessment — Tenured professor suing university for breach of contract — Damages to be amount of salary and benefits from termination until normal retirement, subject to obligation to mitigate.

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
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Amos c. Insurance Corp. of British Columbia 405

Droit des assurances — Interprétation — Conducteur atteint par des coups de feu au cours d'une tentative de détournement de sa fourgonnette — Règlement (art. 79(1)) prévoyant le versement d'indemnités relativement aux «blessures résultant d'un accident qui découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule» — Le critère du «lien de causalité» doit-il être utilisé pour interpréter l'art. 79(1) du règlement? — Dans l'affirmative, existait-il un lien de causalité entre l'accident et la propriété? — La fourgonnette était-elle simplement le lieu où des coups de feu ont été tirés et n'avait-elle aucun lien de causalité avec les blessures? — Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, art. 79(1).

Cohnstaedt c. Université de Regina 451

Contrats — Emploi — Inexécution de contrat — Dommages-intérêts — Évaluation — Université poursuivie par un profes-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue..... 453

Bankruptcy — Priorities — Set-off — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, s. 133(1), (3) — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136.

Constitutional law — Division of powers — Paramourcy — Conflict between provincial and federal law — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act.

R. v. Harrer..... 562

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter outside Canada's boundaries — Trial fairness — Exclusion of evidence — Evidence obtained abroad according to foreign local law — Foreign law requiring less exacting procedural standard than Charter — Whether failure of foreign police to comply with Canadian law rendering evidence so obtained inadmissible — Whether principles of fundamental justice and the right to a fair trial permit exclusion of evidence obtained outside Canada — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d), 24(1), (2), 32.

R. v. Wijesinha..... 422

Criminal law — Obstruction of justice — Law Society investigation — False declarations made on behalf of and at behest of person under investigation — Whether or not obstruction of justice — Whether or not term "course of justice" includes investigations — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 118, 139(1), (2), (3).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Infringement of right against unreasonable search and seizure — Tapes of conversations made without warrant but with consent of one of the parties pursuant to current legal advice conceded to infringe s. 8 right to freedom from unreasonable search and seizure — Whether or not admission of tapes would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Trial — Privilege — Solicitor-client privilege — Privilege claimed in false affidavits made in response to Law Society investigation — Affidavits prepared to further criminal purpose of obstructing justice — Whether or not privilege attaching to documents.

SOMMAIRE (Suite)

seur permanent pour inexécution de contrat — Dommages-intérêts devant correspondre au montant du salaire et des avantages sociaux depuis la cessation d'emploi jusqu'à la date normale de retraite, sous réserve de l'obligation de limiter le préjudice subi.

Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national..... 453

Faillite — Ordre de priorité — Compensation — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite? — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 133(1), (3) — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 97(3), 136.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Prépondérance — Conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite?

R. c. Harrer..... 562

Droit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte à l'extérieur du Canada — Équité du procès — Exclusion de la preuve — Preuve obtenue à l'étranger conformément à la loi du pays étranger — Droit étranger prévoyant une norme de procédure moins astreignante que celle de la Charte — L'omission des policiers étrangers de se conformer à la loi canadienne rend-t-elle inadmissible la preuve ainsi obtenue? — Les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable permettent-ils l'exclusion d'éléments de preuve obtenus à l'étranger? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 11d), 24(1), (2), 32.

R. c. Wijesinha..... 422

Droit criminel — Entrave à la justice — Enquête de la Société du barreau — Fausses déclarations faites pour le compte et à la demande d'une personne faisant l'objet d'une enquête — Y a-t-il eu entrave à la justice? — L'expression «cours de la justice» inclut-elle les enquêtes? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 118, 139(1), (2), (3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — Il est concédé que l'enregistrement de conversations, effectué sans mandat mais avec le consentement de l'une des parties, conformément à un avis juridique sur le droit en vigueur, porte atteinte au droit garanti à l'art. 8 — L'admission des enregistrements est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Procès — Privilège — Secret professionnel de l'avocat — Privilège invoqué à l'égard de faux affidavits préparés en réponse à une enquête de la Société du barreau — Affidavits préparés dans le but criminel d'entraver la justice — Les documents sont-ils assujettis au privilège?

Briton Amos *Appellant*

v.

Insurance Corporation of British Columbia *Respondent*

INDEXED AS: AMOS v. INSURANCE CORP. OF BRITISH COLUMBIA

File No.: 24164.

1995: May 25; 1995: September 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Insurance law — Interpretation — Driver shot in attempted hijacking of van — Regulation (s. 79(1)) providing coverage for “injury caused by an accident that arises out of the ownership, use or operation of a vehicle” — Whether or not a “causal connection” test should be used in interpreting s. 79(1) of the Regulation — If so, whether or not such a connection existed between the accident and the ownership — Whether or not van merely situs of a shooting and not causally connected to injuries — Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, s. 79(1).

Appellant was attacked by a gang while driving and was seriously injured when shot while distancing his van from the assailants. He was insured by the respondent under a standard automobile insurance policy and applied for medical and other benefits under s. 79(1) of the *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act* which provided for the payment of benefits “in respect of death or injury caused by an accident that arises out of the ownership, use or operation of a vehicle”. The respondent denied liability, and the appellant commenced an action for a declaration that he was entitled to the benefits claimed. The Supreme Court of British Columbia dismissed his action and the Court of Appeal upheld that judgment. At issue here were: (1) whether or not a “causal connection” test should be used in interpreting s. 79(1) of the Regulation; (2) if so, whether such a connection existed between the accident and the ownership, use or operation of the appellant’s van within the meaning of this section; and (3), whether

Briton Amos *Appellant*

c.

Insurance Corporation of British Columbia *Intimée*

RÉPERTORIÉ: AMOS c. INSURANCE CORP. OF BRITISH COLUMBIA

Nº du greffe: 24164.

1995: 25 mai; 1995: 21 septembre.

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

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

Droit des assurances — Interprétation — Conducteur atteint par des coups de feu au cours d'une tentative de détournement de sa fourgonnette — Règlement (art. 79(1)) prévoyant le versement d'indemnités relativement aux «blessures résultant d'un accident qui découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule» — Le critère du «lien de causalité» doit-il être utilisé pour interpréter l'art. 79(1) du règlement? — Dans l'affirmative, existait-il un lien de causalité entre l'accident et la propriété? — La fourgonnette était-elle simplement le lieu où des coups de feu ont été tirés et n'avait-elle aucun lien de causalité avec les blessures? — Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, art. 79(1).

Alors qu'il était au volant, l'appelant a été victime d'une agression aux mains d'une bande et a subi des blessures graves après avoir été atteint par des coups de feu en tentant de distancer ses agresseurs. Il avait souscrit une police d'assurance automobile type auprès de l'intimée et il lui a soumis une demande d'indemnités médicales et autres en vertu du par. 79(1) du *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, qui prévoit le versement d'indemnités «relativement au décès ou aux blessures résultant d'un accident qui découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule». L'intimée niant son obligation, l'appelant a institué une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire de son droit aux indemnités réclamées. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a débouté l'appelant de son action et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu ce jugement. Il s'agit de savoir (1) si le critère du «lien de causalité» doit être adopté pour interpréter le par. 79(1) du règlement; (2)

the appellant's van was merely the *situs* of a shooting and not causally connected to his injuries.

Held: The appeal should be allowed.

The inclusion of the words "ownership" and "use" in s. 79(1) indicate a legislative intent to establish broader coverage than for incidents arising from the "operation" of a vehicle. The no-fault character of the benefits in question does not change the interpretation of the section. The injury must still arise out of the ownership, use or operation. Traditionally, the provisions providing coverage in private policies of insurance have been interpreted broadly in favour of the insured, and exclusions interpreted strictly and narrowly against the insurer. A narrow, technical interpretation is not dictated.

A two-part test, involving purpose and causal link, should be applied: did the accident result from the ordinary and well-known activities to which automobiles are put, and if so, was the relationship (not necessarily a direct or proximate causal relationship) between the appellant's injuries and the ownership, use or operation of his vehicle, causal or was it merely incidental or fortuitous.

The first part of the test was met. The appellant was driving his van down a street.

A direct or proximate causal connection is not required between the injuries suffered and the ownership, use or operation of a vehicle. The phrase "arising out of" is broader than "caused by", and must be interpreted in a more liberal manner. Proof by the injured plaintiff of the intent of the assailant, while helpful in establishing the necessary nexus or causal link, should not be mandatory. The courts can draw reasonable inferences regarding causation from the facts. Further, a motor vehicle need not be the instrument of the injury to satisfy the causal connection requirement. Injuries which do not arise from the negligent use of a motor vehicle may be covered by s. 79(1).

dans l'affirmative, s'il existe un lien de causalité entre l'accident et la propriété, l'utilisation ou la conduite de la fourgonnette de l'appelant au sens de ce paragraphe, et (3) si la fourgonnette de l'appelant était simplement le lieu où des coups de feu ont été tirés et n'avait aucun lien de causalité avec les blessures qu'il a subies.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'ajout des mots «propriété» et «utilisation» au par. 79(1) montre l'intention du législateur d'élargir le champ d'application de la protection au-delà des incidents qui découlent de la «conduite» d'un véhicule. Le fait que les indemnités d'assurance en question soient prévues sans égard à la responsabilité ne change rien à l'interprétation du paragraphe. Il reste que les blessures doivent découler de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite. Traditionnellement, les dispositions qui prévoient une protection dans les polices d'assurance privées ont été interprétées de façon libérale en faveur de l'assuré, et les exclusions ont été interprétées de façon stricte et étroite contre l'assureur. Cela ne commande pas une interprétation étroite et formaliste.

Il convient d'appliquer un critère à deux volets, qui réunit l'objet et le lien de causalité: l'accident résulte-t-il d'activités ordinaires et bien connues auxquelles les automobiles servent et, dans l'affirmative, existe-t-il un lien de causalité (pas nécessairement direct ou immédiat) entre les blessures de l'appelant et la propriété, l'utilisation ou la conduite de son véhicule, ou le lien entre les blessures et la propriété, l'utilisation ou la conduite du véhicule est-il simplement accidentel ou fortuit?

La première branche du critère est respectée. L'appelant roulait dans une rue au volant de sa fourgonnette.

On ne requiert pas l'existence d'un lien de causalité direct ou immédiat entre les blessures subies et la propriété, l'utilisation ou la conduite d'un véhicule. L'expression «découle de» est plus générale que l'expression «causé par» et doit recevoir une interprétation plus libérale. Bien qu'il soit utile pour établir le lien de causalité requis que le demandeur ayant subi le préjudice prouve l'intention de son agresseur, il ne devrait pas être tenu de le faire. Il est loisible aux tribunaux de tirer, à partir des faits, des conclusions raisonnables concernant le lien de causalité. En outre, pour qu'il soit satisfait à l'exigence du lien de causalité, il n'est pas nécessaire que l'instrument de la blessure soit un véhicule à moteur. Les blessures qui ne découlent pas de l'utilisation négligente d'un véhicule à moteur peuvent être couvertes par le par. 79(1).

While the appellant's van may have been singled out by his assailants on a random basis, the shooting which caused his injuries was not random. The appellant's vehicle was not merely the *situs* of the shooting. The shooting was the direct result of the assailants' failed attempt to gain entry to the appellant's van and arose out of the appellant's ownership, use and operation of his vehicle. Whether or not the shooting was accidental was unimportant. No intervening act, independent of the ownership, use or operation of the vehicle, broke the chain of causation.

Cases Cited

Considered: *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936; *Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] S.C.R. 80; *Kangas v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 235 N.W.2d 42 (1975); *Dickinson v. Motor Vehicle Insurance Trust*, [1987] 61 A.L.J.R. 553; **referred to:** *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430; *Indemnity Insurance Co. v. Excel Cleaning Service*, [1954] S.C.R. 169; *Johnstone v. Lee and Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 17 B.C.L.R. 324; *Yurkowski v. Federated Mutual Implement and Hardware Insurance Co.*, [1975] 4 W.W.R. 689; *Fraser Valley Taxi Cabs Ltd. v. Insurance Corp. of British Columbia* (1993), 75 B.C.L.R. (2d) 94; *Thornton v. Allstate Insurance Co.*, 391 N.W.2d 320 (1986); *Fortune Insurance Co. v. Exilus*, 608 So.2d 139 (1992), appeal dismissed 613 So.2d 3 (1992); *Novak v. Government Employees Insurance Co.*, 424 So.2d 178 (1983), aff'd 453 So.2d 1116 (1984); *McIndoe v. Insurance Corp. of British Columbia* (1990), 45 C.C.L.I. 68.

Statutes and Regulations Cited

Regulation No. 1 Pursuant to the Automobile Insurance Act, B.C. Reg. 428/73, s. 7.01.
Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, s. 79(1) [as am. by B.C. Reg. 335/84, Schedule, item 19, and B.C. Reg. 379/85, Schedule, item 31].

Authors Cited

Brown, Craig and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Si la fourgonnette de l'appelant a pu être choisie au hasard par ses agresseurs, les coups de feu qui ont causé les blessures de l'appelant n'étaient toutefois pas le fruit du hasard. Le véhicule de l'appelant n'était pas simplement le lieu où les coups de feu ont été tirés. Cette fusillade était le résultat direct de la tentative ratée des agresseurs de pénétrer dans la fourgonnette de l'appelant et découlait de la propriété, de l'utilisation et de la conduite du véhicule de l'appelant. Peu importe de savoir si les coups de feu étaient accidentels. Aucun acte intermédiaire, indépendant de la propriété de l'utilisation ou de la conduite du véhicule, n'a rompu le lien de causalité.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936; *Law, Union & Rock Insurance Co. c. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] R.C.S. 80; *Kangas c. Aetna Casualty & Surety Co.*, 235 N.W.2d 42 (1975); *Dickinson c. Motor Vehicle Insurance Trust*, [1987] 61 A.L.J.R. 553; **arrêts mentionnés:** *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430; *Indemnity Insurance Co. c. Excel Cleaning Service*, [1954] R.C.S. 169; *Johnstone c. Lee and Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 17 B.C.L.R. 324; *Yurkowski c. Federated Mutual Implement and Hardware Insurance Co.*, [1975] 4 W.W.R. 689; *Fraser Valley Taxi Cabs Ltd. c. Insurance Corp. of British Columbia* (1993), 75 B.C.L.R. (2d) 94; *Thornton c. Allstate Insurance Co.*, 391 N.W.2d 320 (1986); *Fortune Insurance Co. c. Exilus*, 608 So.2d 139 (1992), appel rejeté 613 So.2d 3 (1992); *Novak c. Government Employees Insurance Co.*, 424 So.2d 178 (1983), conf. par 453 So.2d 1116 (1984); *McIndoe c. Insurance Corp. of British Columbia* (1990), 45 C.C.L.I. 68.

Lois et règlements cités

Regulation No. 1 Pursuant to the Automobile Insurance Act, B.C. Reg. 428/73, art. 7.01.
Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, art. 79(1) [mod. par B.C. Reg. 335/84, annexe, art. 19, et B.C. Reg. 379/85, annexe, art. 31].

Doctrine citée

Brown, Craig and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 187, 113 D.L.R. (4th) 269, 67 W.A.C. 305, 21 C.C.L.I. (2d) 242, [1994] 6 W.W.R. 93, [1994] I.L.R. 1-3078, 3 M.V.R. (3d) 87, dismissing an appeal from a judgment of Hardinge J. (1993), 13 C.C.L.I. (2d) 274, [1993] I.L.R. 1-2942, 43 M.V.R. (2d) 310. Appeal allowed.

Thomas R. Berger, Q.C., for the appellant.

Avon M. Mersey and Richard J. Berrow, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 MAJOR J. — This appeal involves the interpretation of s. 79(1) (in Part VII) of the *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83, as amended.

2 Section 79(1) entitles insured motorists to no-fault death and disability benefits under the administration of the respondent, the Insurance Corporation of British Columbia ("ICBC"). The appellant seeks first-party disability benefits from ICBC under Part VII of the Revised Regulation. The British Columbia trial and appellate courts ruled that the appellant is not entitled to these statutory benefits because his injuries did not arise out of the ownership, use or operation of his vehicle, as provided for in s. 79(1). I respectfully disagree.

I. Facts

3 On August 21, 1991, the appellant, a Canadian citizen who resided in Vancouver, British Columbia, was attacked by a gang of six people while driving his van in East Palo Alto, California.

4 Prior to the attack, as the appellant pulled away from the intersection where he was stopped, he noticed three men crossing from the median into the path of his van. He slowed down and steered to

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 187, 113 D.L.R. (4th) 269, 67 W.A.C. 305, 21 C.C.L.I. (2d) 242, [1994] 6 W.W.R. 93, [1994] I.L.R. 1-3078, 3 M.V.R. (3d) 87, qui a rejeté un appel de la décision du juge Hardinge (1993), 13 C.C.L.I. (2d) 274, [1993] I.L.R. 1-2942, 43 M.V.R. (2d) 310. Pourvoi accueilli.

Thomas R. Berger, c.r., pour l'appellant.

Avon M. Mersey et Richard J. Berrow, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi concerne l'interprétation du par. 79(1) (partie VII) du *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83, modifié.

Le paragraphe 79(1) prévoit le versement d'indemnités de décès et d'invalidité aux automobilistes assurés, sans égard à la responsabilité, sous l'administration de l'intimée, l'Insurance Corporation of British Columbia («ICBC»). Se fondant sur la partie VII du règlement révisé, l'appellant demande à l'ICBC des indemnités d'invalidité de première partie. Le tribunal de première instance et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont nié à l'appellant le droit à ces indemnités prévues par le règlement parce que ses blessures ne découlent pas de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite de son véhicule, comme le prévoit le par. 79(1). En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

I. Les faits

Le 21 août 1991, alors au volant de sa fourgonnette à East Palo Alto en Californie, l'appellant, un citoyen canadien de Vancouver (Colombie-Britannique), a été victime d'une agression aux mains d'une bande de six personnes.

Avant l'agression, au moment où il s'éloignait de l'intersection à laquelle il s'était arrêté, l'appellant a remarqué trois hommes qui traversaient le terre-plein central pour marcher dans la voie qu'il

the right in an attempt to avoid them. As he did so, a fourth man jumped from behind a bush at the right side of the street and moved in front of the van. The appellant braked to avoid hitting him but did not bring the van to a stop. Two more men then emerged from the right side of the street and moved toward the passenger side of the van. With his van surrounded by six men, the appellant locked the doors on both sides of the van and kept it moving slowly ahead. The assailants commenced pounding on the door windows on both sides of the van. The glass on the driver's door shattered but was held in place by its frame. Another man then walked out in front of the van and pointed a gun at the appellant. As the appellant tried to duck from the line of fire, that person returned to the driver's side of the van, where he used the gun to clear away the shattered glass in the window. As the man with the gun was clearing the glass from the window, the appellant felt a sudden change come over his body. He no longer had any control of his legs and he was having difficulty breathing. He saw blood on his hand and realized he had been wounded although he had not heard shots being fired.

The appellant was able to keep the van moving by using both hands to push down on his right leg and depress the accelerator. Somehow he was able to manipulate himself to control the direction of the van. When he had distanced himself from the assailants by several blocks he brought the van to a stop by using the van's emergency hand brake. He obtained assistance and was transported to a hospital.

In the course of the attack, there were at least two shots fired. One bullet was found lodged in the glove compartment of the van. The second bullet, fired through the broken window of the driver's door, struck the appellant's spinal cord at the T8-T9 level. The assailants escaped.

The appellant, while escaping, sustained serious, disabling and permanent injuries, both physical and mental. His capacity to earn his livelihood has been substantially destroyed, and he will be perma-

avait empruntée. Pendant qu'il ralentissait pour rabattre son véhicule vers la droite en vue de les éviter, un quatrième homme a surgi de derrière un buisson du côté droit de la route et s'est planté devant la fourgonnette. L'appelant a freiné pour ne pas le heurter, sans toutefois arrêter la fourgonnette complètement. Deux autres hommes sont alors apparus du côté droit de la route et se sont dirigés du côté du passager de la fourgonnette. Son véhicule étant entouré de six hommes, l'appelant a verrouillé les portières des deux côtés tout en roulant lentement. Les agresseurs se sont alors mis à marteler les vitres des portières des deux côtés de la fourgonnette. La vitre de la portière du conducteur s'est fracassée, mais est demeurée en place grâce à son châssis. Un autre homme s'est alors posté devant la fourgonnette, pointant une arme à feu sur l'appelant. Comme celui-ci tentait de s'écarter du champ de tir, l'homme au fusil est retourné du côté du conducteur, utilisant son arme pour débarrasser la fenêtre des éclats de verre. À ce moment-là, l'appelant a senti un changement subit envahir son corps. Il avait perdu la maîtrise de ses jambes et pouvait difficilement respirer. Voyant du sang sur sa main, il a réalisé qu'il avait été touché bien qu'il n'ait pas entendu de coups de feu.

L'appelant a réussi à faire rouler la fourgonnette en pressant de ses deux mains sur sa jambe droite pour appuyer sur l'accélérateur. Tant bien que mal, il a pu se mouvoir de façon à diriger la fourgonnette. Après avoir réussi à distancer ses agresseurs de plusieurs rues, il a arrêté la fourgonnette en utilisant le frein d'urgence. Il a pu obtenir de l'aide et être transporté à l'hôpital.

Durant l'agression, au moins deux coups de feu ont été tirés. Un projectile a été retrouvé dans le compartiment à gants de la fourgonnette. Le second, tiré par la fenêtre brisée de la portière du conducteur, a atteint la colonne vertébrale de l'appelant au niveau de la huitième et de la neuvième vertèbres. Les agresseurs se sont enfuis.

Même s'il a pu s'échapper, l'appelant a subi de graves blessures permanentes qui l'ont laissé invalide, à la fois sur le plan physique et mental. Sa capacité de gagner sa vie a été pour ainsi dire

5

6

7

nently dependent upon others for his subsistence, care and maintenance.

8 The appellant was insured by the respondent under a standard automobile insurance policy. He applied to the respondent for medical and other benefits under Part VII of the *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*. The respondent denied liability, and the appellant commenced an action for a declaration that he was entitled to the benefits claimed. On February 5, 1993, the Supreme Court of British Columbia dismissed the appellant's action. On March 28, 1994, the Court of Appeal for British Columbia dismissed the appellant's appeal.

II. Statutory Provision

9 Part VII of the *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83, as am. by B.C. Reg. 335/84, Schedule, item 19, and B.C. Reg. 379/85, Schedule, item 31:

79. (1) Subject to subsection (2) and sections 80 to 88, 90, 92, 100, 101 and 104, the corporation shall pay benefits to an insured in respect of death or injury caused by an accident that arises out of the ownership, use or operation of a vehicle and that occurs in Canada or the United States of America or on a vessel travelling between Canada and the United States of America. . . .

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1993), 13 C.C.L.I. (2d) 274

10 The trial judge stated, at p. 278, that the issue was whether the appellant's accident "(arose) out of the ownership, use or operation of a vehicle" (the respondent had conceded that the injuries were caused by an "accident"). He noted that the phrase "arising out of the ownership, use or operation of a vehicle" had been judicially considered. The two leading Canadian cases are *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936, and *Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] S.C.R. 80. The first established the

détruite, le rendant à jamais dépendant d'autrui pour sa subsistance, ses soins et ses besoins alimentaires.

L'appelant avait souscrit une police d'assurance automobile type auprès de l'intimée. Il lui a soumis une demande d'indemnités médicales et autres en vertu de la partie VII du *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*. L'intimée niant son obligation, l'appelant a institué une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire de son droit aux indemnités réclamées. Le 5 février 1993, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a débouté l'appelant de son action. Le 28 mars 1994, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté son appel.

II. Disposition législative

Partie VII du *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83, mod. par B.C. Reg. 335/84, annexe, art. 19, et B.C. Reg. 379/85, annexe, art. 31:

[TRADUCTION]

79. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et des articles 80 à 88, 90, 92, 100, 101 et 104, la société verse à l'assuré des indemnités relativement au décès ou aux blessures résultant d'un accident qui découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule, survenu au Canada ou aux États-Unis d'Amérique ou sur un bateau voyageant entre le Canada et les États-Unis d'Amérique. . . .

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1993), 13 C.C.L.I. (2d) 274

Le juge de première instance déclare, à la p. 278, que la question en litige était de savoir si l'accident de l'appelant [TRADUCTION] «découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule» (l'intimée a admis que les blessures avaient été causées par suite d'un «accident»). Il a signalé que l'expression «découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule» avait auparavant été analysée par les tribunaux. Les deux arrêts de principe au Canada en cette matière sont *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*,

“purpose test”; the second, the “chain of causation” test. The court concluded that the purpose and causal connection tests were complementary, meaning that both tests had to be satisfied before a plaintiff could claim Part VII benefits. The court stated at p. 281:

If an accident resulting in injuries or damage does not result from some “ordinary and well known activit(y) to which automobiles are put” that will be the end of the matter. However, if a plaintiff is able to satisfy the purpose test, he or she will also have to establish that the chain of causation between the ownership, use or operation of the vehicle and the injuries or damage sustained was not broken by some intervening act.

The trial judge held that mere presence in a vehicle when injuries are sustained is not, of itself, sufficient to found a causal link between the injuries and the ownership, use or operation of a vehicle and concluded at pp. 283-84:

In the present case I am unable to find that the injuries sustained by [the appellant] resulted in any way from an accident, “which the common judgment in ordinary language would attribute to the utilization of an automobile.” He was the innocent victim of an act of wanton criminal violence. There is, however, no evidence that his assailants were attempting to hijack his van or that the van itself in any way contributed to or aggravated his injuries.

... the injuries were caused not by anything [the appellant] did as owner of his van but by his attackers. The van was merely the situs of the attack.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 187

The Court of Appeal concluded that the trial judge was correct in his interpretation of s. 79(1) and the application of s. 79(1) to the facts before him. It was emphasized that the words “arising out of” required a causal or consequential relationship between the accident and the ownership, use or

[1956] R.C.S. 936, et *Law, Union & Rock Insurance Co. c. Moore’s Taxi Ltd.*, [1960] R.C.S. 80. Le premier arrêt a établi le critère de l’«objet», le second, le critère du «lien de causalité». La cour a conclu que les critères de l’objet et du lien de causalité étaient complémentaires, à savoir que, pour prétendre à des indemnités sous le régime de la partie VII, le demandeur doit satisfaire aux deux. La cour s’est exprimée ainsi, à la p. 281:

[TRADUCTION] Si un accident qui entraîne des blessures ou des dommages ne résulte pas d’une «activité ordinaire et bien connue à laquelle les automobiles servent», le tout se termine là. En revanche, si le demandeur est en mesure de satisfaire au critère de l’objet, il devra également établir que le lien de causalité entre la propriété, l’utilisation ou la conduite du véhicule et les blessures ou dommages subis n’a pas été rompu par quelque acte intermédiaire.

Le juge de première instance a conclu que la seule présence dans un véhicule au moment où des blessures sont subies n’est pas en soi suffisante pour établir un lien de causalité entre les blessures et la propriété, l’utilisation ou la conduite d’un véhicule. Puis il écrit, aux pp. 283 et 284:

[TRADUCTION] En l’espèce, je ne puis conclure que les blessures subies par [l’appelant] sont de quelque façon le fruit d’un accident «que le sens commun, comme on l’entend généralement, attribuerait à l’utilisation d’une automobile». Il a été l’innocente victime d’un acte de violence criminelle gratuit. Il n’y a toutefois aucune preuve que ses agresseurs tentaient de s’emparer de force de la fourgonnette ou que celle-ci a de quelque manière causé ou aggravé ses blessures.

... les blessures n’ont pas été causées par un acte de [l’appelant] en tant que propriétaire de sa fourgonnette, mais par ses agresseurs. La fourgonnette est simplement le lieu où l’agression a été commise.

B. *La Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 187

La Cour d’appel a donné raison au juge de première instance quant à son interprétation du par. 79(1) et à son application aux faits portés à sa connaissance. Elle souligne que les mots «découle de» commandent l’existence d’une relation de causalité ou de conséquence entre l’accident et la propriété,

operation of the vehicle, although a direct or proximate causal relationship was not required. The question then became one of determining the extent of the causal link required by the use of the words "arising out of". The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal as follows, at pp. 191-92:

In my view, it is not sufficient that the accident happens *while* the injured party is using or operating the vehicle. Nor is it sufficient that the injured party simply happens to be in the vehicle at the time the accident occurs if the accident bears no reasonable relationship to the ownership, use or operation of the vehicle. . . . [T]he accident must be one "which the common judgment in ordinary language would attribute to the utilization of an automobile".

I am not persuaded that [the appellant's] ownership of the van had anything to do with the injuries he suffered in this apparently random attack upon him. Rather, as stated by the [trial] judge, [the appellant's] vehicle was simply the *situs* of the attack.

In the result, I agree . . . that s. 79(1) does not provide coverage to [the appellant] in these circumstances. [Emphasis in original.]

IV. Points in Issue

1. Did the Court of Appeal err in adopting a "causal connection" test in interpreting s. 79(1) of the Revised Regulation?
2. In any event, did a causal connection exist between the accident and the ownership, use or operation of the appellant's van within the meaning of s. 79(1)?
3. Did the Court of Appeal err in holding that the appellant's van was merely the *situs* of a shooting and not causally connected to his injuries?

V. Analysis

A. *Interpretation of s. 79(1) of the Regulation*

l'utilisation ou la conduite du véhicule, bien qu'il ne doive pas nécessairement s'agir d'un lien de causalité direct ou immédiat. Il s'agissait dès lors de déterminer la nature du lien de causalité requis par les mots «découle de». La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'appelant dans les termes suivants, aux pp. 191 et 192:

[TRADUCTION] À mon avis, il ne suffit pas que l'accident se produise *pendant* que la partie qui subit les blessures utilise ou conduit le véhicule. Ni ne suffit-il que cette même partie se trouve simplement présente dans le véhicule au moment où l'accident se produit si celui-ci n'a aucun lien raisonnable avec la propriété, l'utilisation ou la conduite du véhicule. [. . .] [I] doit s'agir d'un accident «que le sens commun, comme on l'entend généralement, attribuerait à l'utilisation d'une automobile».

Je ne suis pas convaincu que le fait que [l'appelant] soit propriétaire de la fourgonnette ait joué quelque rôle dans les blessures qui lui ont été infligées au cours de l'agression dont il a été victime, apparemment par hasard. Comme l'a dit le juge [de première instance], le véhicule de [l'appelant] est plutôt simplement le lieu où l'agression a été commise.

En conclusion, je conviens [. . .] que le par. 79(1) ne couvre pas [l'appelant] dans ces circonstances. [En italique dans l'original.]

IV. Questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en adoptant le critère du «lien de causalité» pour interpréter le par. 79(1) du règlement révisé?
2. Quoi qu'il en soit, existait-il un lien de causalité entre l'accident et la propriété, l'utilisation ou la conduite de la fourgonnette de l'appelant au sens du par. 79(1)?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la fourgonnette de l'appelant était simplement le lieu où des coups de feu ont été tirés et n'avait aucun lien de causalité avec les blessures qu'il a subies?

V. Analyse

A. *Interprétation du par. 79(1) du règlement*

This appeal as previously noted turns on the interpretation of s. 79(1) of the Regulation. The appellant submitted that the nature of the no-fault benefits scheme created by the legislation means that s. 79(1) must be construed in a broad and liberal manner and that its interpretation should not be affected by previous jurisprudence dealing with private policies of insurance.

To understand the scope of s. 79(1), it is useful to consider its legislative evolution. Pigeon J. in *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, stated at p. 667:

... prior enactments may throw some light on the intention of the legislature in repealing, amending, replacing or adding to [a statute].

Originally, s. 7.01 in Part VII of *Regulation No. 1 Pursuant to the Automobile Insurance Act*, B.C. Reg. 428/73, provided benefits for death and disability where the injuries were caused by an accident "arising from the use or operation of a motor-vehicle". Subsequently, B.C. Reg. 447/83, s. 79(a) stated that benefits would be paid in respect of death or injury caused by an accident that "arises from the operation of a vehicle". The final version of s. 79 (amended by B.C. Reg. 379/85) broadened the wording, providing benefits in respect of death or injury caused by an accident that "arises out of the ownership, use or operation of a vehicle". The most recent amendment shows a legislative intent to establish broader coverage, by the addition of "ownership" and "use", which mirrors the wording found in many private policies of insurance.

Driedger on the Construction of Statutes (3rd ed. 1994), at p. 301, states: "[w]hen used in legislation, common law terms and concepts are presumed to retain their common law meaning, subject to any definition supplied by the legislature" (see *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, and *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430). There is no indication that the legislature has provided an alternative definition for the phrase in question, or

Le pourvoi, je le répète, tourne autour de l'interprétation du par. 79(1) du règlement. L'appelant fait valoir que la nature du régime d'indemnités sans égard à la responsabilité instauré par la loi signifie qu'il faut prêter au par. 79(1) un sens large et libéral et ne pas fonder son interprétation sur une jurisprudence qui se rapporte à des polices d'assurance privées.

Pour cerner l'étendue du par. 79(1), il convient de considérer son évolution sur le plan législatif. Dans l'arrêt *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, le juge Pigeon écrit, à la p. 667:

... les textes antérieurs sont de nature à jeter de la lumière sur l'intention qu'avait le législateur en les abrogeant, les modifiant, les remplaçant ou y ajoutant.

Au départ, l'art. 7.01 de la partie VII du *Regulation No. 1 Pursuant to the Automobile Insurance Act*, B.C. Reg. 428/73, prévoyait le versement d'indemnités de décès ou d'invalidité lorsque les blessures étaient causées par un accident [TRADUCTION] «découlant de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule à moteur». Par la suite, le B.C. Reg. 447/83 a prévu à l'al. 79a) que les indemnités seraient versées relativement au décès ou aux blessures causés par un accident qui [TRADUCTION] «découle de la conduite d'un véhicule». La version finale de l'art. 79 (modifié par B.C. Reg. 379/85), dont le libellé est plus général, prévoit le versement d'indemnités relativement au décès ou aux blessures causés par un accident qui «découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule». La modification la plus récente montre l'intention du législateur d'élargir le champ d'application de la protection en ajoutant les mots «propriété» et «utilisation», que l'on retrouve dans de nombreuses polices d'assurance privées.

Dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 301, l'auteur écrit: [TRADUCTION] «[I]orsqu'ils sont utilisés dans une disposition législative, les termes et concepts empruntés à la common law sont réputés conserver le sens qu'ils ont en common law, sous réserve de toute définition énoncée par le législateur» (voir *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, et *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430). Rien n'indique que le

12

13

14

15

has intended to modify the judicial interpretation given to that phrase in the case law. Consequently, prior jurisprudence concerning whether an injury arises out of the ownership, use or operation of a vehicle is useful in interpreting the provisions of s. 79(1). This approach is supported by Brown and Menezes, *Insurance Law in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 158:

Automobile insurance has evolved to a point where statutory and contractual insurance doctrines converge in both private/competitive and public/monopoly systems. While legislators do intend to get the cost and other efficiencies when a monopoly is introduced, it does not follow that they also intend to re-invent the language. Where identical or similar concepts to private insurance are made a part of public plans it ought to be assumed that legislators intend identical or similar results.

législateur ait énoncé une définition autre pour l'expression en question, ou qu'il ait eu l'intention de modifier la façon dont les tribunaux l'ont interprétée. Pour cette raison, la jurisprudence qui porte sur la question de savoir si une blessure découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule est utile pour interpréter les dispositions du par. 79(1). Cette position a reçu l'appui de Brown et Menezes, dans *Insurance Law in Canada* (2^e éd. 1991), à la p. 158:

[TRADUCTION] L'assurance automobile a évolué au point où les théories relatives à l'assurance d'origine législative et à l'assurance d'origine contractuelle convergent vers des régimes privés-concurrentiels et des régimes publics-monopolistes. Si le législateur recherche effectivement l'efficacité, notamment au niveau des coûts, lorsqu'un monopole est créé, il ne s'ensuit pas qu'il a également l'intention de réinventer le langage. Lorsqu'il emprunte à l'assurance privée des concepts qu'il intègre aux régimes publics de façon identique ou semblable, on peut présumer que le législateur vise des résultats identiques ou semblables.

16 The no-fault character of the benefits in question does not change the interpretation of s. 79(1). No-fault means that the respondent's liability to pay benefits occurs when injury arises out of the ownership, use or operation of a vehicle, regardless of the presence or absence of fault. The injury must still arise out of the ownership, use or operation. However, this does not mean that a narrow, technical interpretation is dictated. Traditionally, the provisions providing coverage in private policies of insurance have been interpreted broadly in favour of the insured, and exclusions interpreted strictly and narrowly against the insurer (Brown and Menezes, at p. 131). In *Indemnity Insurance Co. v. Excel Cleaning Service*, [1954] S.C.R. 169, it was held that the construction given to a policy of insurance must not nullify the purpose for which the insurance was sold.

Le fait que les indemnités d'assurance en question soient prévues sans égard à la responsabilité ne change rien à l'interprétation du par. 79(1). L'expression «sans égard à la responsabilité» signifie que l'obligation de l'intimée de verser des indemnités naît lorsque les blessures découlent de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule, qu'il y ait faute ou non. Il reste que les blessures doivent découler de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite. Ce qui ne commande toutefois pas une interprétation étroite et formaliste. Traditionnellement, les dispositions qui prévoient une protection dans les polices d'assurance privées ont été interprétées de façon libérale en faveur de l'assuré, et les exclusions ont été interprétées de façon stricte et étroite contre l'assureur (Brown et Menezes, à la p. 131). Dans *Indemnity Insurance Co. c. Excel Cleaning Service*, [1954] R.C.S. 169, on a précisé que l'interprétation d'une police d'assurance ne doit pas aller à l'encontre des fins pour lesquelles l'assurance a été vendue.

17 In the same way, while s. 79(1) must not be stretched beyond its plain and ordinary meaning, it ought not to be given a technical construction that defeats the object and insuring intent of the legisla-

De la même façon, si on ne peut étendre la portée du par. 79(1) au-delà de son sens clair et ordinaire, on ne peut non plus lui donner une interprétation formaliste qui contrecarre l'objet et

tion providing coverage. The two-part test to be applied to interpreting this section is:

1. Did the accident result from the ordinary and well-known activities to which automobiles are put?
2. Is there some nexus or causal relationship (not necessarily a direct or proximate causal relationship) between the appellant's injuries and the ownership, use or operation of his vehicle, or is the connection between the injuries and the ownership, use or operation of the vehicle merely incidental or fortuitous?

This two-part test summarizes the case law interpreting the phrase "arising out of the ownership, use or operation of a vehicle", and encompasses both the "purpose" and "causation" tests posited in the jurisprudence.

B. *The Jurisprudence*

The "purpose" test, as it is now known, can be traced back to *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, *supra*. That case involved the negligence of the driver of the insured, a company engaged in the distribution of oil and gas, which led to gasoline overflowing, igniting and destroying the premises. A majority of this Court held that the accident arose out of the use or operation of a motor vehicle, *per* Rand J. at p. 941:

An analogous "use", as distinguished from "operation", is exemplified in the case of a bus. The undertaking in such a case includes the entrance and exit to and from the bus of passengers. If the steps are defective and a passenger is injured, could it be said that injury did not arise out of the "use"? The expression "use or operation" would or should, in my opinion, convey to one reading it all accidents resulting from the ordinary and well-known activities to which automobiles are put, all accidents which the common judgment in ordinary language would attribute to the utilization of an automobile as a means of different forms of accommodation or service.

The appellant here was driving his van down a street; the accident clearly resulted "from the ordi-

l'intention de la loi qui prévoit la protection. Le critère à deux volets qu'il convient d'appliquer dans l'interprétation de cette disposition est le suivant:

1. L'accident résulte-t-il d'activités ordinaires et bien connues auxquelles les automobiles servent?
2. Existe-t-il un lien de causalité (pas nécessairement direct ou immédiat) entre les blessures de l'appelant et la propriété, l'utilisation ou la conduite de son véhicule, ou le lien entre les blessures et la propriété, l'utilisation ou la conduite du véhicule est-il simplement accidentel ou fortuit?

Ce critère à deux volets résume la jurisprudence relative à l'interprétation de l'expression «découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule», et réunit les critères de l'«objet» et de la «causalité» énoncés dans la jurisprudence.

B. *La jurisprudence*

Les origines du critère de l'«objet», tel qu'il est maintenant connu, remontent à *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, précité. Dans cette affaire, la négligence du conducteur de l'assurée, une compagnie de distribution de pétrole et d'essence, a entraîné un débordement d'essence, ainsi que l'incendie et la destruction des lieux. Notre Cour à la majorité, sous la plume du juge Rand, à la p. 941, a conclu que l'accident découlait de l'utilisation ou la conduite d'un véhicule à moteur:

[TRADUCTION] L'autobus constitue un exemple d'une «utilisation» analogue, distincte de la «conduite». L'engagement dans un tel cas comprend laisser monter les passagers à bord de l'autobus et les laisser descendre. Si les marches sont en mauvais état et qu'un passager se blesse, peut-on dire que la blessure ne découle pas de l'«utilisation»? À mon avis, l'expression «utilisation ou conduite» signifierait ou devrait signifier pour ceux qui la lise tous les accidents résultant d'activités ordinaires et bien connues auxquelles les automobiles servent, soit tous les accidents que le sens commun, comme on l'entend généralement, attribuerait à l'utilisation d'une automobile comme moyen d'obtenir différentes formes de commodités ou de services.

En l'espèce, l'appelant roulait dans une rue au volant de sa fourgonnette; l'accident a manifeste-

nary and well-known activities to which automobiles are put". The first part of the two-part test is satisfied.

ment résulté «d'activités ordinaires et bien connues auxquelles les automobiles servent». La première branche du critère à deux volets est donc respectée.

19

In Canada, the "causation test" had its genesis in *Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd.*, *supra*. In that case, the insured taxi company held a contract to transport mentally handicapped children to and from school. The drivers were to take the children directly to their homes from school, and not let any child out on the side of the street opposite his or her home. One of the drivers, in breach of that arrangement, stopped on the opposite side of the street. The child, while crossing the street alone, was hit by a truck and severely injured. The issue was whether the insured's liability arose out of the use or operation of a motor vehicle. The general liability insurer disputed liability, claiming the accident arose out of the use or operation of the taxi, and thus was covered by the automobile insurance. It was held that the insured's liability arose from a breach of duty that occurred after the vehicle was stopped, when the child crossed the street unescorted. This duty was a contractual duty, and had nothing to do with the use or operation of the insured's vehicle, *per Ritchie J.* at pp. 84-85:

Au Canada, le «critère de la causalité» tire ses origines de l'arrêt *Law, Union & Rock Insurance Co. c. Moore's Taxi Ltd.*, *supra*. Dans cette affaire, la compagnie de taxi assurée s'était engagée par contrat à conduire des jeunes déficients mentaux à l'école et à les ramener à la maison. Les chauffeurs devaient ramener les enfants directement à la maison, et ne devaient en laisser aucun sur le côté de la rue opposé à la maison. L'un des chauffeurs, en violation de cette entente, s'est arrêté sur le côté opposé de la rue. L'enfant, frappé par un camion en traversant la rue seul, a été grièvement blessé. La question était de savoir si la responsabilité de l'assurée découlait de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule à moteur. L'assureur en responsabilité civile a contesté sa responsabilité, faisant valoir que l'accident découlait de l'utilisation ou de la conduite du taxi, et qu'il était donc couvert par l'assurance automobile. On décida que la responsabilité de l'assurée découlait du manquement à une obligation survenu après l'arrêt du véhicule, au moment où l'enfant a traversé la rue sans être accompagné. Cette obligation était contractuelle et n'avait rien à voir avec l'utilisation ou la conduite du véhicule de l'assurée. Voici ce que le juge Ritchie écrit, aux pp. 84 et 85:

... the words "claims arising out of . . . the ownership, use or operation . . . of any motor vehicle" as used in this exclusion can only be construed as referring to claims based upon circumstances in which it is possible to trace a continuous chain of causation unbroken by the interposition of a new act of negligence and stretching between the negligent use and operation of a motor vehicle on the one hand and the injuries sustained by the claimant on the other. In the present case the motor vehicle was stationary at the time of the accident and the chain of causation originating with its use was severed by the intervening negligence of the taxi driver whose failure to escort the boy across the street was the factor giving rise to the [insured]'s liability.

[TRADUCTION] . . . les mots «demandes d'indemnité découlant de [. . .] la propriété, de l'utilisation ou de la conduite [. . .] de tout véhicule à moteur» utilisés dans cette exclusion ne peuvent être interprétés que comme renvoyant aux demandes d'indemnités fondées sur des circonstances dans lesquelles on peut discerner un lien de causalité, ininterrompu par un nouvel acte de négligence, et qui va de l'utilisation et la conduite négligentes d'un véhicule à moteur, d'une part, aux blessures subies par le demandeur, d'autre part. Dans l'affaire qui nous occupe, le véhicule à moteur était immobilisé au moment de l'accident et le lien de causalité qui a pris naissance avec son utilisation a été rompu par la négligence du conducteur de taxi dont l'omission d'escorter le garçon de l'autre côté de la rue est l'élément qui a engagé la responsabilité de l'[assurée].

Subsequent cases which illustrate the application of the “causation” principle include *Johnstone v. Lee and Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 17 B.C.L.R. 324 (S.C.), *Yurkowski v. Federated Mutual Implement and Hardware Insurance Co.*, [1975] 4 W.W.R. 689 (B.C.S.C.), and *Fraser Valley Taxi Cabs Ltd. v. Insurance Corp. of British Columbia* (1993), 75 B.C.L.R. (2d) 94 (C.A.).

The question is whether the requisite nexus or causal link exists between the shooting and the appellant’s ownership, use or operation of the van. With respect to causation, it is clear that a direct or proximate causal connection is not required between the injuries suffered and the ownership, use or operation of a vehicle. The phrase “arising out of” is broader than “caused by”, and must be interpreted in a more liberal manner. A formulation of the causation principle is found in *Kangas v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 235 N.W.2d 42 (1975), where the Michigan Court of Appeals stated at p. 50:

... we conclude that while the automobile need not be the proximate cause of the injury, there still must be a casual connection between the injury sustained and the ownership, maintenance or use of the automobile and which causal connection is more than incidental, fortuitous or but for. The injury must be foreseeably identifiable with the normal use, maintenance and ownership of the vehicle.

That court recognized that the words “arising out of” have been viewed as words of much broader significance than “caused by”, and have been said to mean “originating from”, “having its origin in”, “growing out of” or “flowing from”, or, in short, “incident to” or “having connection with” the use of the automobile. The altercation in *Kangas* from which the injuries flowed occurred after the passenger in the insured automobile alighted from the stopped vehicle, and assaulted a pedestrian. It was similar to the fact patterns in cases such as *Johnstone v. Lee and Insurance Corp. of British Columbia*, *supra*. The *Kangas* causation test has been cited frequently in American decisions, and the

Au nombre des décisions subséquentes qui illustrent l’application du principe de «causalité», figurent *Johnstone c. Lee and Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 17 B.C.L.R. 324 (C.S.), *Yurkowski c. Federated Mutual Implement and Hardware Insurance Co.*, [1975] 4 W.W.R. 689 (C.S.C.-B.), et *Fraser Valley Taxi Cabs Ltd. c. Insurance Corp. of British Columbia* (1993), 75 B.C.L.R. (2d) 94 (C.A.).

La question est de savoir si le lien de causalité requis existe entre les coups de feu et la propriété, l’utilisation ou la conduite de la fourgonnette. En ce qui concerne la causalité, il est clair qu’on ne requiert pas l’existence d’un lien de causalité direct ou immédiat entre les blessures subies et la propriété, l’utilisation ou la conduite d’un véhicule. L’expression «découle de» est plus générale que l’expression «causé par» et doit recevoir une interprétation plus libérale. Le principe de causalité est formulé dans *Kangas c. Aetna Casualty & Surety Co.*, 235 N.W.2d 42 (1975), où la Cour d’appel du Michigan s’est exprimée ainsi, à la p. 50:

[TRADUCTION] ... nous concluons que, s’il n’est pas nécessaire que l’automobile soit la cause immédiate de la blessure, il doit tout de même exister un lien de causalité entre la blessure subie et la propriété, l’entretien ou l’utilisation de l’automobile. Ce lien de causalité est plus qu’accidentel ou fortuit et il ne suffit pas de pouvoir dire que, sans lui, tel événement ne se serait pas produit. On doit, de façon prévisible, pouvoir associer la blessure à l’utilisation, la propriété et l’entretien normaux du véhicule.

La cour a reconnu que l’expression «découle de» a reçu une portée beaucoup plus large que l’expression «causé par» et qu’on lui a donné le sens de [TRADUCTION] «tirant sa source de», «puisant ses origines dans», «naissant de» ou «résultant de», ou en bref, «accessoire à» ou «ayant un lien avec» l’utilisation de l’automobile. L’altercation dans *Kangas* de laquelle les blessures ont découlé est survenue après que le passager de l’automobile assurée soit descendu du véhicule arrêté et ait agressé un piéton. Ces faits sont semblables à ceux qui sont survenus dans des affaires comme *Johnstone c. Lee and Insurance Corp. of British Columbia*, précité. Le critère de la causalité énoncé

case law shows a general trend towards a fairly narrow application of the causation principle (e.g., *Thornton v. Allstate Insurance Co.*, 391 N.W.2d 320 (Mich. 1986), *Fortune Insurance Co. v. Exilus*, 608 So.2d 139 (Fla. App. 1992), appeal dismissed 613 So.2d 3 (Fla. App. 1992)). While a majority of the Supreme Court of Florida adopted a more generous causation test in *Novak v. Government Employees Insurance Co.*, 424 So.2d 178 (Fla. App. 1983), aff'd 453 So.2d 1116 (Fla. 1984), the injured plaintiff is still required to prove the intent of his or her assailant (i.e., the intent to steal or hijack the vehicle) before a causal link will be found.

dans *Kangas* a été cité à maintes reprises dans des décisions américaines, et la jurisprudence montre une tendance générale à appliquer de façon assez stricte le principe de causalité (p. ex. *Thornton c. Allstate Insurance Co.*, 391 N.W.2d 320 (Mich. 1986), *Fortune Insurance Co. c. Exilus*, 608 So.2d 139 (Fla. App. 1992), appel rejeté 613 So.2d 3 (Fla. App. 1992)). Bien que la Cour suprême de la Floride à la majorité ait adopté un critère de la causalité plus généreux dans *Novak c. Government Employees Insurance Co.*, 424 So.2d 178 (Fla. App. 1983), conf. par 453 So.2d 1116 (Fla. 1984), le demandeur ayant subi le préjudice est tout de même tenu de prouver l'intention de son agresseur (c.-à-d. l'intention de voler ou de s'emparer du véhicule) avant que l'on puisse conclure au lien de causalité.

22 Such proof is helpful in establishing the necessary nexus or causal link, but it should not be mandatory for an injured plaintiff to establish an assailant's intent. It is always open to the courts to draw reasonable inferences regarding causation from the facts.

Pareille preuve est utile pour établir le lien de causalité requis, mais le demandeur blessé ne devrait pas être tenu d'établir l'intention de l'agresseur. Il est toujours loisible aux tribunaux de tirer, à partir des faits, des conclusions raisonnables concernant le lien de causalité.

23 *Dickinson v. Motor Vehicle Insurance Trust*, [1987] 61 A.L.J.R. 553, a decision of the High Court of Australia, describes a causal connection test which does not require a direct or proximate relationship between the use of the vehicle and the injuries suffered. The court stated at p. 555:

Dans *Dickinson c. Motor Vehicle Insurance Trust*, [1987]61 A.L.J.R. 553, la Haute Cour de l'Australie décrit un critère de la causalité qui ne requiert l'existence d'aucun lien direct ou immédiat entre l'utilisation du véhicule et les blessures subies. La cour écrit, à la p. 555:

Whether or not the appellant's injuries were actually caused by the use of the motor car, it is sufficient to say that they arose out of such use. The test posited by the words "arising out of" is wider than that posited by the words "caused by" and the former, although it involves some causal or consequential relationship between the use of the vehicle and the injuries, does not require the direct or proximate relationship which would be necessary to conclude that the injuries were caused by the use of the vehicle. . . .

[TRADUCTION] Que les blessures de l'appelant aient été ou non causées par l'utilisation d'une automobile, il suffit de dire qu'elles découlent de cette utilisation. Le critère énoncé par les mots «découle de» est plus général que celui qu'énoncent les mots «causé par». Le premier, bien qu'il requière quelque relation de causalité ou de conséquence entre l'utilisation du véhicule et les blessures, n'exige pas le lien direct ou immédiat qui serait nécessaire pour conclure que les blessures ont été causées par l'utilisation du véhicule . . .

That court reasoned that under the "wide formula", as expressed by the wording "arising out of", it is the injury which must be caused by or arise out of the use of the motor vehicle. Negligence or fault in the use or operation of a motor vehicle does not need to be the cause of the injury. The liability for the injury may arise from a tortious act other than

La cour a jugé que sous la «formule générale», exprimée par les mots «découle de», c'est la blessure qui doit être causée par l'utilisation du véhicule à moteur ou qui doit en découler. Il n'est pas nécessaire qu'une négligence ou une faute dans l'utilisation ou la conduite d'un véhicule à moteur soit la cause de la blessure. La responsabilité à

the negligent use of a motor vehicle. This is an important distinction.

This appeal does not present the typical motor vehicle accident. A bullet, rather than a motor vehicle, was the cause of the injury. However, a motor vehicle need not be the instrument of the injury to satisfy the causal connection requirement. Injuries which do not arise from the negligent use of a motor vehicle may be covered by s. 79(1).

Was the attack in this case merely a random shooting, or did it arise out of the ownership, use or operation of the appellant's vehicle? While the appellant's van may have been singled out by his assailants on a random basis, the shooting which caused the appellant's injuries was not random. The appellant's vehicle was not merely the *situs* of the shooting. The shooting appears to have been the direct result of the assailants' failed attempt to gain entry to the appellant's van. It is not important whether the shooting was accidental or deliberate while entry to the vehicle was being attempted. It is important that the shooting was not random but a shooting that arose out of the appellant's ownership, use and operation of his vehicle. (For an analogous example of the application of the causal connection test, see *McIndoe v. Insurance Corp. of British Columbia* (1990), 45 C.C.L.I. 68 (B.C.S.C.).)

If the appellant had not been shot, but had lost control of his car while trying to get away from his assailants, the injuries suffered as a result of a subsequent car crash would surely be covered by the respondent. Similarly, if the appellant had suffered injuries as a result of being intentionally hit by those same assailants using a car instead of a gun, the respondent would not deny coverage. I do not think the instant case can be distinguished from the foregoing hypothetical examples. Generally speaking, where the use or operation of a motor vehicle

l'égard de la blessure peut naître d'un acte délictueux autre que l'utilisation négligente d'un véhicule à moteur. C'est là une distinction importante.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'un accident d'automobile typique. C'est une balle d'arme à feu, et non un véhicule à moteur, qui a causé la blessure. Toutefois, pour qu'il soit satisfait à l'exigence du lien de causalité, il n'est pas nécessaire que l'instrument de la blessure soit un véhicule à moteur. Les blessures qui ne découlent pas de l'utilisation négligente d'un véhicule à moteur peuvent être couvertes par le par. 79(1).

L'agression en l'espèce était-elle simplement une fusillade au hasard ou a-t-elle découlé de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite du véhicule de l'appellant? Si la fourgonnette de l'appellant a pu être choisie au hasard par ses agresseurs, les coups de feu qui ont causé les blessures de l'appellant n'étaient toutefois pas le fruit du hasard. Le véhicule de l'appellant n'était pas simplement le lieu où les coups de feu ont été tirés. Cette fusillade semble avoir été le résultat direct de la tentative ratée des agresseurs de pénétrer dans la fourgonnette de l'appellant. Peu importe de savoir si les coups de feu étaient accidentels ou délibérés au moment où les agresseurs ont tenté de pénétrer dans le véhicule. Ce qui importe, c'est que la fusillade n'était pas le fruit du hasard et découlait de la propriété, de l'utilisation et de la conduite du véhicule de l'appellant. (Pour un exemple semblable de l'application du critère du lien de causalité, voir *McIndoe c. Insurance Corp. of British Columbia* (1990), 45 C.C.L.I. 68 (C.S.C.-B.).)

Si l'on n'avait pas tiré sur l'appellant, mais qu'il avait plutôt perdu la maîtrise de son véhicule en tentant d'échapper à ses agresseurs, les blessures subies du fait d'un accident d'automobile subséquent seraient certainement couvertes par l'intimée. De même, si les agresseurs avaient blessé l'appellant en le frappant intentionnellement avec une automobile plutôt qu'en faisant feu sur lui, l'intimée ne refuserait pas la protection. Je ne crois pas que la présente affaire puisse être distinguée de ces exemples hypothétiques. De façon générale, lorsque l'utilisation ou la conduite d'un véhicule à moteur contribue de quelque manière aux blessures

24

25

26

in some manner contributes to or adds to the injury, the plaintiff is entitled to coverage.

ou les aggrave, le demandeur a droit à indemnisation.

27 The appellant's injuries arose out of the ownership, use and operation of his van. They originated from, flowed from, or were causally connected with its ownership, use and operation. Neither can it be said that there was an intervening act, independent of the ownership, use or operation of the vehicle, which broke the chain of causation. The appellant is therefore entitled to Part VII no-fault benefits to compensate him for the injuries suffered as a result of the accident.

Les blessures de l'appelant ont découlé de la propriété, de l'utilisation et de la conduite de sa fourgonnette. Elles procédaient ou émanaient de sa propriété, de son utilisation et de sa conduite ou avaient un lien de causalité avec celles-ci. On ne peut pas dire non plus qu'il y ait eu un acte intermédiaire, indépendant de la propriété de l'utilisation ou de la conduite du véhicule, qui aurait rompu le lien de causalité. L'appelant a donc droit aux indemnités d'assurance sans égard à la responsabilité prévues à la partie VII afin qu'il soit dédommagé pour les blessures subies par suite de l'accident.

28 Invariably, each case must be decided on its own facts, applying the two-part test outlined above. It is not possible to predict every circumstance where an injury can be said to arise out of the ownership, use or operation of a vehicle. A true random shooting not related to the use or operation of a vehicle under the present wording of s. 79(1) is not covered but where a nexus or connection between the injuries and the vehicle exists, the injured plaintiff is entitled to coverage. The words in s. 79(1) chosen by the legislature are broad and should be interpreted to give meaning to the legislative intention that extends coverage where some connection is found between ownership, use or operation of a vehicle and the injuries sustained as a result of an accident.

Chaque cas doit invariablement être tranché en fonction de ses faits, au moyen du critère à deux volets énoncé précédemment. Il est impossible de prévoir chaque circonstance où l'on peut dire qu'une blessure découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule. Selon le libellé actuel du par. 79(1), les coups de feu véritablement tirés au hasard et sans aucun lien avec l'utilisation ou la conduite d'un véhicule ne sont pas couverts, mais lorsqu'il existe un lien entre les blessures et le véhicule, le demandeur lésé a droit à indemnisation. Les termes du par. 79(1) choisis par le législateur sont généraux et devraient être interprétés de façon à donner à l'intention législative un sens qui élargit l'étendue de la protection lorsqu'un lien est établi entre la propriété, l'utilisation ou la conduite d'un véhicule et les blessures subies par suite d'un accident.

29 The appeal is allowed with costs throughout. Counsel indicated that the parties did not require a specific declaration to implement the appeal if the appeal were allowed. In the event that a specific declaration is required, counsel are at liberty to apply to this Court for such direction.

Le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours. Les avocats ont indiqué que les parties n'avaient pas besoin d'un jugement déclaratoire particulier pour donner suite au pourvoi s'il était accueilli. Si un jugement déclaratoire particulier est requis, il est loisible aux avocats d'en faire la demande à notre Cour.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitor for the appellant: Robert A. Doran, Vancouver.

Procureur de l'appelant: Robert A. Doran, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Walter Kingsley Kirti Wijesinha *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WIJESINHA

File No.: 24015.

Hearing and judgment: May 31, 1995.

Reasons delivered: September 21, 1995.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Obstruction of justice — Law Society investigation — False declarations made on behalf of and at behest of person under investigation — Whether or not obstruction of justice — Whether or not term “course of justice” includes investigations — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 118, 139(1), (2), (3).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Infringement of right against unreasonable search and seizure — Tapes of conversations made without warrant but with consent of one of the parties pursuant to current legal advice conceded to infringe s. 8 right to freedom from unreasonable search and seizure — Whether or not admission of tapes would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Trial — Privilege — Solicitor-client privilege — Privilege claimed in false affidavits made in response to Law Society investigation — Affidavits prepared to further criminal purpose of obstructing justice — Whether or not privilege attaching to documents.

Appellant, a lawyer, offered to pay a police officer a referral fee for every client retained after failing a breathalyzer test. The constable reported the appellant's proposition to his superiors. A police investigation confirmed, by conversations intercepted through the use of a body pack, that three persons referred had been retained and that another officer was involved in the scheme. The police were given legal advice that this

Walter Kingsley Kirti Wijesinha *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. WIJESINHA

N° du greffe: 24015.

Audition et jugement: 31 mai 1995.

Motifs déposés: 21 septembre 1995.

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

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

Droit criminel — Entrave à la justice — Enquête de la Société du barreau — Fausses déclarations faites pour le compte et à la demande d'une personne faisant l'objet d'une enquête — Y a-t-il eu entrave à la justice? — L'expression «cours de la justice» inclut-elle les enquêtes? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 118, 139(1), (2), (3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — Il est concédé que l'enregistrement de conversations, effectué sans mandat mais avec le consentement de l'une des parties, conformément à un avis juridique sur le droit en vigueur, porte atteinte au droit garanti à l'art. 8 — L'admission des enregistrements est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Procès — Privilège — Secret professionnel de l'avocat — Privilège invoqué à l'égard de faux affidavits préparés en réponse à une enquête de la Société du barreau — Affidavits préparés dans le but criminel d'entraver la justice — Les documents sont-ils assujettis au privilège?

L'appellant, un avocat, a offert à un policier de lui verser une somme d'argent chaque fois qu'une personne ferait appel à ses services sur sa recommandation après avoir échoué au test de l'ivressomètre. Le constable a parlé de la proposition à ses supérieurs. Une enquête de la police a confirmé, grâce à l'interception de conversations par micro-émetteur de poche, que trois personnes adressées à l'appellant avaient retenu ses services et

type of interception was constitutionally valid and that no criminal offence was being committed as long as witnesses were not being subverted. The police investigators called the Law Society Discipline Committee for advice, and although the police did not pursue their investigation of the appellant, they continued to communicate with and supply information to the Law Society.

The Law Society commenced its own investigation. It advised the appellant of the nature of his alleged misconduct, gave him details of the evidence and invited him to respond. The officer involved in the scheme and the three referral clients complied with appellant's request that they sign statutory declarations prepared by him. The statutory declarations sworn by the three clients denied being directed to the appellant by a police officer. The one sworn by the officer stated that the appellant had never paid or offered to pay him any money for referring potential clients to him. At trial, the three clients and the officer involved in the scheme testified that these portions of the statutory declarations were false. The declarations, as well, were sworn by a commissioner whose commission or authority did not extend to the declarations sworn here.

The appellant was charged with professional misconduct pursuant to the provisions of the *Law Society Act*. The police resumed their investigation of the appellant and learned that the Law Society believed that the statutory declarations which the appellant had submitted to it were false, and charged him with four counts of attempting to obstruct justice (s. 139 of the *Criminal Code*).

At trial, the wiretap evidence, the statutory declarations and *viva voce* evidence pertaining to them, were admitted notwithstanding appellant's challenges. The appellant was convicted and the conviction was unanimously upheld in the Court of Appeal. At issue here was whether the term "course of justice" in s. 139 includes investigations and the scope of that term. Also at issue was whether the tapes of the intercepted conversations were properly admissible, whether the solemn declarations were defective, and if found defective, whether they should have been excluded because of solicitor-client privilege and because to admit them would bring the administration of justice into disrepute contrary to s. 24(2) of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

qu'un autre policier prenait part à son stratagème. La police a obtenu un avis juridique suivant lequel l'interception était constitutionnelle et, tant qu'il n'y avait pas subornation de témoins, il n'y avait pas d'infraction criminelle. Les enquêteurs de la police ont consulté le comité de discipline de la Société du barreau et, bien qu'ils n'aient pas poursuivi l'enquête sur l'appellant, ont continué à communiquer des renseignements à la Société du barreau.

La Société du barreau a entrepris sa propre enquête. Elle a avisé l'appellant de la nature du manquement qui lui était reproché, lui a communiqué les détails de la preuve et l'a invité à y répondre. Le policier qui participait au stratagème et les trois clients qui avaient été adressés à l'appellant ont accepté, à la demande de ce dernier de signer des déclarations solennelles qu'il avait préparées. Dans leurs déclarations solennelles, les trois clients n'avaient pas été adressés à l'appellant par un agent de police. La déclaration signée par le policier affirmait que l'appellant ne lui avait jamais versé ni offert d'argent en échange de recommandations de clients éventuels. Au procès, les trois clients et le policier qui participait au stratagème ont avoué que ces portions des déclarations solennelles étaient fausses. En outre, les déclarations avaient été assermentées par un commissaire dont le pouvoir ne s'étendait pas aux déclarations assermentées en l'espèce.

L'appellant a été accusé de manquement professionnel aux termes de la *Loi sur la Société du barreau*. La police a repris son enquête sur l'appellant et a appris que la Société du barreau pensait que les déclarations solennelles produites par l'appellant étaient fausses; elle a déposé contre lui quatre chefs d'accusation de tentative d'entrave à la justice (art. 139 du *Code criminel*).

Au procès, la preuve obtenue par écoute électronique, les déclarations solennelles et la preuve testimoniale s'y rapportant ont été admises malgré les contestations de l'appellant. Ce dernier a été reconnu coupable et la déclaration de culpabilité a été confirmée à l'unanimité par la Cour d'appel. L'expression «cours de la justice» à l'art. 139 s'applique-t-elle aux enquêtes et quelle est la portée de cette expression? De plus, les enregistrements des conversations interceptées étaient-ils admissibles, les déclarations solennelles étaient-elles viciées et, dans l'affirmative, devaient-elles être écartées en raison du privilège du secret professionnel de l'avocat et parce que leur utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice contrairement au par. 24(2) de la *Charte*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

The term “course of justice” in s. 139(2) of the *Code* includes investigations. Section 139 and s. 118, which defines judicial proceeding, should be read together. The definition of judicial proceeding in s. 118 accordingly applies to all three subsections of s. 139 and the phrase “course of justice” in s. 139(2) is therefore not limited to existing or proposed judicial proceedings. A serious perversion of justice can occur just as readily in the work of administrative tribunals or disciplinary bodies. An attempt to mislead an investigation into facts which could give rise to a disciplinary hearing constitutes an attempt to pervert the course of justice. The commencement of proceedings invoking a tribunal’s jurisdiction to enforce rights and liabilities may set in train a relevant “course of justice”.

The Law Society’s disciplinary proceedings comes within ss. 118(d) (the person presiding can administer oaths and compel evidence) and (e) (a legal right or a legal liability may be established by the tribunal). An investigation is an essential first step in any judicial or quasi-judicial proceeding and may result in prosecution. To mislead knowingly during the first step of the investigation perverts the course of justice. Here, a conclusion by the Law Society staff that the allegations were unfounded would result in disciplinary proceedings not being commenced. Since a false statement at the stage of the investigation could prevent any proceedings from taking place and thus pervert the course of justice, s. 139(2) must encompass investigatory proceedings. Section 139(2) may be applicable to a body created by statute and required to judge and in doing so to act in a judicial manner.

The admission of the tapes of intercepted conversations, even though the interceptions violated the appellant’s s. 8 *Charter* right to be free from unreasonable search, did not bring the administration of justice into disrepute contrary to s. 24(2) of the *Charter*. The *Charter* breach was not serious. The fairness of the trial was not affected. The appellant was not conscripted into incriminating himself in these conversations and would have sought out and spoken to officer wearing the body pack to solicit clients. Both the police and the Law Society acted in good faith with no trickery or activity as an *agent provocateur*. The police acted in conformity with what they very reasonably believed to be the law as it existed at the time. The situation of a police officer acting in breach of the police code of professional conduct and of other officers were being approached in the same manner was serious. Indeed, it would have reflected

L’expression «cours de la justice» au par. 139(2) du *Code* comprend les enquêtes. L’article 139 et l’art. 118, qui définit l’expression «procédure judiciaire», devraient être lus conjointement. Par conséquent, la définition de procédure judiciaire à l’art. 118 s’applique aux trois paragraphes de l’art. 139, et l’expression «cours de la justice» au par. 139(2) ne se limite pas aux procédures judiciaires existantes ou projetées. Un grave détournement de la justice peut se produire tout aussi bien dans les travaux de tribunaux administratifs ou d’organismes disciplinaires. La tentative de fausser une enquête factuelle pouvant donner lieu à une audience disciplinaire est une tentative de détournement du cours de la justice. L’engagement de procédures faisant appel à la compétence d’un tribunal pour déterminer des droits et des obligations peut déclencher le «cours de la justice» approprié.

Les procédures disciplinaires de la Société du barreau relèvent de l’al. 118d) (le président d’audience peut faire prêter serment aux témoins et exiger qu’ils témoignent) et de l’al. 118e) (le tribunal a le pouvoir d’établir un droit légal ou une obligation légale). L’enquête est la première étape essentielle de toute procédure judiciaire ou quasi judiciaire et peut aboutir à une poursuite. Le fait de tromper intentionnellement au cours de la première étape de l’enquête a pour effet de détourner le cours de la justice. Si le personnel de la Société du barreau concluait que les allégations n’étaient pas fondées, aucune procédure disciplinaire n’était engagée. Puisqu’une fausse déclaration à l’étape de l’enquête peut empêcher l’institution de poursuites et donc détourner le cours de la justice, le par. 139(2) doit comprendre les procédures d’enquête. Le paragraphe 139(2) peut s’appliquer à un organisme de création législative requis de juger et d’agir judiciairement.

L’admission des enregistrements des conversations, bien que leur interception ait porté atteinte au droit de l’appelant à la protection contre les fouilles abusives garanti par l’art. 8 de la *Charte*, n’a pas déconsidéré l’administration de la justice contrairement au par. 24(2) de la *Charte*. L’atteinte à la *Charte* n’était pas grave. Elle n’a pas eu d’effet sur l’équité du procès. L’appelant n’a pas été forcé de s’incriminer dans ces conversations et il aurait pressenti le policier portant le micro-émetteur de poche pour lui demander de lui trouver des clients. La police et la Société du barreau ont toutes deux agi de bonne foi et ne se sont livrées à aucune tromperie ou provocation. La police a agi conformément à ce qu’elle croyait très raisonnablement être la loi à l’époque. Le fait qu’un officier de police viole le code de déontologie policière et que d’autres officiers aient été pressentis à leur tour créait une situation grave. En réalité, l’admi-

adversely upon the administration of justice if the evidence had not been admitted.

The *actus reus* of obstructing justice was committed even if the impugned affidavits were defective. The appellant had full control over the signing of the declarations and knowingly had the four declarants sign these statements, which he knew to be false. He also was aware that the "affidavits" were sworn in circumstances beyond the powers of the commissioner for oaths. These documents were put forward with the intent of misleading the Law Society and to argue that they should not be considered because of their allegedly defective form was to use appellant's initial deceit of the Law Society to protect himself.

Whether or not the documents were improperly executed did not need to be decided. For the purposes of s. 139(2) of the *Code*, what is put forward as an affidavit or solemn declaration should ordinarily be accepted as such. The declarations do not in fact need to be statutory declarations: it is not an essential element of the offence of obstructing justice and does not form part of the *actus reus*. Even if the documents tendered were improperly executed, the offence would have still been committed, since the appellant knowingly tendered false documents which were purported to have been duly executed.

The documents in question were submitted by a lawyer to the Law Society and were not covered by solicitor-client privilege. The communication was made because the Law Society was investigating the appellant's practice. The false declarations were intended to deceive the Law Society in its deliberations as to whether or not discipline proceedings should be instituted. Solicitor-client privilege cannot attach to the declarations in those circumstances. Even if the solicitor-client privilege attached to the context in which the declarations were made, the documents were prepared and submitted to further the criminal purpose of obstructing justice and any privilege that might have attached to them was certainly removed.

The appellant cannot claim a constitutional remedy pursuant to s. 24(2) based upon the alleged violation of the affiants' *Charter* rights. This provision provides a remedy only to an individual whose *Charter* rights have been violated. The affiants' *Charter* rights, however, were not violated because the declarations were

nistration de la justice aurait été déconsidérée si la preuve n'avait pas été admise.

L'*actus reus* d'entrave à la justice a été commis même si les affidavits contestés étaient viciés. L'appellant avait une influence décisive sur la signature des déclarations et il a intentionnellement demandé aux quatre déclarants de signer des déclarations qu'il savait fausses. Il savait également que les «affidavits» avaient été assermentés dans des circonstances qui excédaient le pouvoir du commissaire à l'assermentation. Il a produit ces documents avec l'intention d'induire en erreur la Société du barreau, et prétendre que ces déclarations ne peuvent être prises en considération parce qu'elles sont irrégulières revient à utiliser la supercherie dont l'appellant a usé à l'endroit de la Société du barreau pour se protéger.

Il n'est pas nécessaire de décider si les documents n'ont pas été signés régulièrement. Pour les fins du par. 139(2) du *Code*, ce qui est présenté comme un affidavit ou une déclaration solennelle devrait ordinairement être accepté comme tel. Il n'est pas nécessaire que les déclarations soient des déclarations solennelles: il ne s'agit pas d'un élément essentiel de l'infraction d'entrave à la justice et cela ne fait pas partie de l'*actus reus*. Même si les documents produits n'avaient pas été signés régulièrement l'infraction aurait néanmoins été commise, puisque l'appellant a intentionnellement produit de faux documents présentés comme des documents signés régulièrement.

Les documents en question ont été présentés par un avocat à la Société du barreau et n'étaient pas assujettis au privilège du secret professionnel de l'avocat. La communication a eu lieu parce que la Société du barreau enquêtait sur la pratique de l'appellant. Les fausses déclarations étaient destinées à induire en erreur la Société du barreau qui devait déterminer s'il y avait lieu d'engager des procédures disciplinaires. Le secret professionnel de l'avocat ne peut s'appliquer aux déclarations dans de telles circonstances. Même si le privilège du secret de l'avocat s'appliquait dans le contexte de la signature des déclarations, les documents avaient été préparés et produits dans le but criminel d'entraver la justice, et cela suffisait certainement à retrancher tout privilège applicable.

L'appellant ne peut demander une réparation constitutionnelle en vertu du par. 24(2) en se fondant sur la prétendue violation des droits garantis par la *Charte* aux déclarants. Cette disposition ne prévoit une réparation que pour les personnes dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés. Il n'y a pas eu atteinte aux droits

executed with the specific intention of assisting the appellant with regard to the Law Society investigation and with the expectation that the Law Society would act upon them. The documents could not be considered privileged in the circumstances.

Cases Cited

Considered: *Kalick v. The King* (1920), 61 S.C.R. 175; *R. v. Spezzano* (1977), 34 C.C.C. (2d) 87; *R. v. Rogerson* (1992), 174 C.L.R. 268; *R. v. Vreones*, [1891] 1 Q.B. 360; **referred to:** *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Morin* (1968), 5 C.R.N.S. 297; *R. v. Zeck* (1980), 53 C.C.C. (2d) 551; *R. v. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 118(a) [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 15(2)], (b), (c) [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 203(1)], (d), (e), 139(1)(a), (b), (c), (d), (2), (3)(a).
Law Society Act, R.S.O. 1980, c. 233, s. 33(2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 17 O.R. (3d) 583, 88 C.C.C. (3d) 116, 68 O.A.C. 356, dismissing an appeal from conviction by Trainor J. Appeal dismissed.

Morris Manning, Q.C., and *Theresa R. Simone*, for the appellant.

Paul Lindsay and *Robert Kelly*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

garantis par la *Charte* aux déclarants puisqu'ils ont signé les déclarations avec l'intention expresse d'aider l'appellant dans le cadre de l'enquête de la Société du barreau et qu'ils devaient s'attendre à ce que la Société du barreau prenne des décisions en conséquence. Ces documents ne sauraient être assujettis au privilège dans les circonstances.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Kalick c. The King* (1920), 61 R.C.S. 175; *R. c. Spezzano* (1977), 34 C.C.C. (2d) 87; *R. c. Rogerson* (1992), 174 C.L.R. 268; *R. c. Vreones*, [1891] 1 Q.B. 360; **arrêts mentionnés:** *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Morin* (1968), 5 C.R.N.S. 297; *R. c. Zeck* (1980), 53 C.C.C. (2d) 551; *R. c. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 118a) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 15(2)], (b), (c) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 203(1)], (d), (e), 139(1)(a), (b), (c), (d), (2), (3)(a).
Loi sur la Société du barreau, L.R.O. 1980, ch. 233, art. 33(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 17 O.R. (3d) 583, 88 C.C.C. (3d) 116, 68 O.A.C. 356, qui a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Trainor. Pourvoi rejeté.

Morris Manning, c.r., et *Theresa R. Simone*, pour l'appellant.

Paul Lindsay et *Robert Kelly*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

¹ CORY J. — It should be noted at the outset that, at the conclusion of the hearing before this Court, this appeal was dismissed with the provision that these reasons would follow. The principal issue raised on this appeal requires an answer to the

LE JUGE CORY — Il faut noter tout d'abord qu'à l'issue de l'audience, notre Cour a rejeté le présent pourvoi en indiquant que les motifs seraient déposés ultérieurement. Le principal point en litige concerne la portée de l'expression «le cours de la jus-

question what is the scope of the term "the course of justice" which appears in s. 139 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46?

Factual Background

The appellant was for a number of years a Crown Attorney in the city of Toronto. He left that position and set up his own practice specializing in the defence of persons charged with drinking and driving offences. On December 17, 1991, he was convicted of four counts of attempting to obstruct justice and sentenced to 15 months' imprisonment.

The evidence at the trial revealed that on March 23, 1989, the appellant approached Constable Stade, who was a breathalyzer operator, with a proposal. He suggested to Stade that he would pay him \$250 for each successful referral of persons who had failed the breathalyzer test. The appellant gave Stade some business cards to give to people he referred to the appellant, and told him to mark the business cards in a particular manner. In that way, the appellant would know that it was Stade who had referred the prospective client. In the course of his conversation with Stade, the appellant stated that Constable Thompson was already referring people to him for the same amount. He suggested that Stade might wish to confirm this with Thompson. Stade told the appellant that he would think about his proposal.

Stade disclosed the appellant's proposition to a colleague and reported it to his superiors, who decided that an investigation should be conducted. Stade was instructed to feign agreement with the appellant's proposal. Pursuant to those instructions, Stade met the appellant at the courthouse on March 30 and told him that he would participate in the fee-for-referral scheme. At the police station, Stade signed a form consenting to the interception of his conversations and, while wearing a bodepack, met with Constable Thompson on April 4. In the course of the conversation, Thompson confirmed that he was referring persons to the appellant and was receiving \$250 for each person who became a client.

» qui figure à l'art. 139 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Contexte factuel

L'appelant a été substitué du procureur général pendant nombre d'années dans la ville de Toronto. Il a quitté ce poste et établi son propre cabinet en se spécialisant dans la défense de personnes accusées de conduite en état d'ivresse. Le 17 décembre 1991, il a été reconnu coupable à l'égard de quatre chefs d'accusation d'avoir tenté d'entraver la justice, et condamné à 15 mois d'emprisonnement.

La preuve au procès a établi que le 23 mars 1989, l'appelant a pressenti le constable Stade, éthyloscopiste, pour lui faire une proposition. Il a fait valoir à Stade qu'il était prêt à lui verser 250 \$ chaque fois qu'une personne qui échouait au test de l'ivressomètre ferait appel à ses services sur la recommandation du constable. L'appelant a remis à Stade quelques cartes destinées aux personnes qu'il lui adresserait, en l'invitant à marquer ces cartes d'une façon particulière de sorte que l'appelant sache que c'était Stade qui lui avait adressé le client éventuel. Au cours de sa conversation avec Stade, l'appelant a affirmé que le constable Thompson lui adressait déjà des clients en échange du même montant. Il a suggéré à Stade d'en obtenir confirmation auprès de Thompson s'il le désirait. Stade lui a répondu qu'il réfléchirait à sa proposition.

Stade a parlé de la proposition de l'appelant à un collègue, puis en a avisé ses supérieurs, qui ont décidé qu'il y avait lieu de procéder à une enquête. Stade a reçu instruction de faire comme s'il acceptait la proposition de l'appelant. Donnant suite à ces instructions, Stade a rencontré l'appelant au palais de justice le 30 mars et lui a dit qu'il participerait à l'échange de services contre rémunération. Au poste de police, Stade a signé un formulaire de consentement à l'interception de ses conversations puis, muni d'un micro-émetteur de poche, il a rencontré le constable Thompson le 4 avril. Au cours de cette conversation, Thompson a confirmé adresser des personnes à l'appelant et recevoir la somme de 250 \$ pour chaque nouveau client.

5 When the police investigators obtained this information, they called the Law Society Discipline Committee for advice. The investigators also sought the views of Crown counsel who expressed the opinion that, as long as the appellant was not seeking to have a witness give false evidence, the appellant's fee-for-referral scheme did not amount to a criminal offence.

6 At the invitation of the appellant, Stade went to his home on April 7. He was wearing a bodypack. In the course of their conversation, the appellant confirmed his arrangement with Thompson and instructed Stade as to the manner in which he was to mark his business cards. He told him that the referred persons were to be called "fish". During the same conversation, the appellant told Stade that he was aware of the danger that Stade might be wearing a bodypack and that he would never ask a police officer to change his evidence.

7 After the meeting at the appellant's house, discussions took place between the police investigators, the Law Society and Crown Counsel. As a result of these discussions, Stade was told to go along with the appellant's scheme. In June of 1989, Stade referred four persons to the appellant and gave each of them a business card marked in the manner suggested by the appellant. Three of these persons retained the appellant to defend them.

8 On June 19, Stade phoned the appellant at his office to inquire whether there were any "fishes" yet, to which the appellant replied that there were. The two men agreed to meet at the appellant's home the next evening. Once again Stade wore a bodypack and recorded their conversation. The appellant confirmed that he had been retained by three of the persons and paid Stade \$750 in cash, and encouraged him to send more clients. He suggested that Stade could make up to \$10,000 per year and wondered if Stade knew of anyone else who might refer prospective clients to him. Although the police did not pursue their investigation of the appellant, they continued to communicate with and supply information to the Law

Dès l'obtention de ces renseignements, les enquêteurs de la police ont consulté le comité de discipline de la Société du barreau. Ils ont aussi demandé l'opinion du substitut du procureur général, qui a conclu que, tant que l'appelant n'incitait personne à faire un faux témoignage, son stratagème ne constituait pas une infraction criminelle.

Stade s'est rendu au domicile de l'appelant, le 7 avril, à l'invitation ce dernier. Il était muni d'un micro-émetteur de poche. Au cours de la conversation, l'appelant a confirmé à Stade l'arrangement conclu avec Thompson et lui a montré comment marquer ses cartes d'affaires. Il lui a dit qu'il fallait employer le mot «poisson» pour désigner les clients ainsi adressés. Au cours de cette conversation, l'appelant a dit à Stade être conscient du risque que ce dernier soit muni d'un micro-émetteur de poche et affirmé qu'il ne demanderait jamais à un agent de police de modifier son témoignage.

Après la rencontre chez l'appelant, les enquêteurs de la police, des représentants de la Société du barreau et le substitut du procureur général ont eu des échanges par suite desquels il a été convenu de demander à Stade de participer au stratagème de l'appelant. En juin 1989, Stade a adressé quatre personnes à l'appelant en remettant à chacune d'elles une carte d'affaires marquée conformément à ses instructions. Trois de ces personnes ont retenu les services de l'appelant pour assurer leur défense.

Le 19 juin, Stade a téléphoné à l'appelant à son bureau pour lui demander s'il y avait des «poissons» et l'appelant lui a répondu par l'affirmative. Les deux hommes ont convenu de se rencontrer chez l'appelant le lendemain soir. Stade était encore une fois muni d'un micro-émetteur de poche et a enregistré leur conversation. L'appelant a confirmé avoir été retenu par trois des personnes et il a versé à Stade 750 \$ en espèces tout en l'encourageant à lui adresser d'autres clients. Il a fait miroiter à Stade qu'il pourrait gagner ainsi jusqu'à 10 000 \$ par an et lui a demandé s'il connaissait un autre agent qui pourrait être intéressé à lui adresser des clients éventuels. Même si la police n'a pas poursuivi son enquête sur l'appelant, elle a

Society. In the fall of 1989, the police provided the Law Society with the evidence which they gathered from their investigation. The Law Society then commenced its own investigation. It advised the appellant of the nature of his alleged misconduct and gave him details of the evidence. The Law Society followed its usual procedure and invited the appellant to respond to the allegations.

In preparing his response, the appellant spoke to Constable Thompson as well as to the three clients who had been referred to him by Stade. He asked each of them to sign a statutory declaration which he had prepared. All four complied with his request.

The statutory declaration signed by the three clients contained a paragraph stating that:

At no time did any police officer direct or suggest that I retain [the appellant]. At no time did any police officer give me any business cards of [the appellant].

The declaration signed by Thompson stated that the appellant had never paid or offered to pay him any money for referring potential clients to him. At trial, the three clients and Thompson testified that these portions of the statutory declarations were false.

On January 11, 1990, the Law Society received the four statutory declarations, together with a letter from the appellant responding to the allegations brought against him. The Law Society did not inform the police of the statutory declarations it had received, but continued with its investigation. On March 15, 1990, the appellant was charged with professional misconduct pursuant to the provisions of the *Law Society Act*, R.S.O. 1980, c. 233. In the fall of that same year, the police received information that the appellant had requested another former client to sign a false affidavit concerning his referral by an officer. As a result of this information, they resumed their investigation of the appellant. The police learned

continué à communiquer avec la Société du barreau et à lui transmettre des renseignements. Au cours de l'automne de 1989, la police a fourni à la Société du barreau les éléments de preuve obtenus au cours de son enquête. La Société du barreau a entrepris sa propre enquête. Elle a avisé l'appelant de la nature du manquement qui lui était reproché et lui a communiqué les détails de la preuve constituée. La Société du barreau a suivi sa procédure habituelle et invité l'appelant à répondre aux allégations portées contre lui.

Dans le cadre de la préparation de sa réponse, l'appelant a parlé au constable Thompson et aux trois clients que Stade lui avait adressés. Il leur a demandé de signer une déclaration solennelle qu'il avait préparée, ce que tous les quatre ont fait.

La déclaration solennelle signée par les trois clients contenait le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Je n'ai jamais été appelé ou invité par un agent de police à retenir les services [de l'appelant]. Aucun agent de police ne m'a donné de cartes d'affaires de [l'appelant].

La déclaration signée par Thompson affirmait que l'appelant ne lui avait jamais versé ni offert d'argent en échange de recommandations de clients éventuels. Au procès, les trois clients et Thompson ont avoué que ces portions des déclarations solennelles étaient fausses.

Le 11 janvier 1990, la Société du barreau a reçu les quatre déclarations solennelles accompagnées d'une lettre dans laquelle l'appelant répondait aux allégations portées contre lui. La Société du barreau n'a fait aucune mention à la police des déclarations solennelles qu'elle avait reçues, mais elle a poursuivi son enquête. Le 15 mars 1990, l'appelant a été accusé de manquement professionnel aux termes de la *Loi sur la Société du barreau*, L.R.O. 1980, ch. 233. À l'automne de la même année, la police a appris que l'appelant avait demandé à un autre de ses anciens clients de signer un affidavit mensonger niant l'entremise d'un agent. À la suite de cela, la police a repris son enquête sur l'appelant. La police a appris que la Société du barreau

9

10

11

12

that the Law Society believed that the statutory declarations which the appellant had submitted to it were false. The police obtained copies of the declarations together with the letter from the appellant to the Law Society. The appellant was subsequently charged with four counts of attempting to obstruct justice.

pensait que les déclarations solennelles produites par l'appelant étaient fausses et elle a obtenu copie des déclarations et de la lettre que l'appelant avait envoyées à la Société du barreau. L'appelant a alors été inculpé sous quatre chefs d'accusation d'avoir tenté d'entraver la justice.

13 At the trial, the appellant challenged the admissibility of the wiretap evidence, the statutory declarations and the *viva voce* evidence which pertained to them. They were all ruled admissible by the trial judge. The appellant was convicted at trial on the four counts of attempting to obstruct justice. The conviction was unanimously upheld in the Court of Appeal. At the conclusion of the hearing before this Court, the appeal was dismissed with reasons to follow.

Au procès, l'appelant a contesté l'admissibilité de la preuve obtenue par écoute électronique, des déclarations solennelles et de la preuve testimoniale s'y rapportant. Le juge du procès a conclu qu'elles étaient toutes admissibles. L'appelant a été reconnu coupable à l'égard des quatre chefs d'accusation de tentative d'entrave à la justice. Cette déclaration de culpabilité a été confirmée à l'unanimité par la Cour d'appel. À l'issue de l'audience, notre Cour a rejeté le pourvoi et reporté le dépôt des motifs de la décision.

Judgments

Ontario Court of Justice, General Division
(Trainor J., ruling on *voir dire*)

Les jugements

La Cour de justice de l'Ontario, Division générale
(le juge Trainor, sur une question de voir-dire)

14 In his careful reasons delivered at the conclusion of the *voir dire*, Trainor J. observed that both the police and the Law Society acted in an exemplary manner throughout their investigations. He noted that the police were really involved in two separate investigations. He found that the evidence obtained during the first part of the investigation, running from April 1989 to June of that year, only became relevant as a result of the appellant's conduct in January 1990 when he responded to the Law Society's letter by sending the four statutory declarations to the Society. He concluded that, as is so often the case, the cover-up was much more serious than the scheme itself.

Dans des motifs soigneux rendus à l'issue du voir-dire, le juge Trainor a noté que la police et la Société du barreau avaient toutes deux agi de façon exemplaire tout au long de leurs enquêtes. Il a fait remarquer que la police avait procédé en réalité à deux enquêtes distinctes. Il a conclu que la preuve obtenue au cours de la première partie de l'enquête, d'avril à juin 1989, n'était devenue pertinente que par suite de la conduite de l'appelant en janvier 1990, au moment où il a répondu à la lettre de la Société du barreau en lui remettant les quatre déclarations solennelles. Il a conclu que, comme c'est souvent le cas, la tentative de camouflage était beaucoup plus grave que le stratagème lui-même.

15 Trainor J. pointed out that the appellant was a very experienced Crown attorney and defence counsel. He concluded that, in light of his experience, the appellant knew that he was acting in a manner contrary to the rules of conduct of his profession. In addition, he knew that Thompson and Stade would, in complying with his request for referrals, be violating police conduct rules. Trainor

Le juge Trainor a souligné que l'appelant était un avocat très expérimenté tant pour la poursuite que pour la défense. Il a conclu que, compte tenu de son expérience, l'appelant savait qu'il dérogeait aux règles de déontologie de sa profession. En outre, ce dernier savait qu'en donnant suite à sa demande d'entremise, Thompson et Stade enfreignaient les règles de déontologie de la police. Le

J. found as well that the appellant knew that his plan could be thwarted if he solicited an honest police officer and he was aware that his conversations could be recorded by devices such as a bodypack. He observed that it was significant that the appellant had sought out the police and that they had followed his plan or, at least in the case of Stade, appeared to do so.

Trainor J. decided that although the recorded conversations constituted an unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the evidence should not be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. He once again emphasized that the police and the Law Society had acted in good faith throughout, and that the police had reasonable and probable grounds to believe criminal offences had been committed both by the appellant and by those who signed the statutory declarations.

Trainor J. turned next to the question of the admissibility of the statutory declarations. He found that they were not subject to solicitor-client privilege since they failed to meet the first branch of the test set out in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 284, namely that “[t]he communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed” (emphasis in original). Further, he determined that the preparing, swearing and submitting of the statutory declarations formed the very *actus reus* of the crime of wilfully attempting by any means to obstruct the course of justice. As a result, he found that no privilege attached to the documents.

Court of Appeal (1994), 17 O.R. (3d) 583

Galligan J.A.

Galligan J.A. first considered whether the intercepted conversations were admissible. He noted that it was conceded that the appellant’s rights under s. 8 of the *Charter* had been infringed, and

juge Trainor a aussi conclu que l’appelant savait que son plan pouvait être anéanti s’il s’adressait à un agent de police honnête et que ses conversations pouvaient être enregistrées au moyen de dispositifs comme un micro-émetteur de poche. Il a fait remarquer qu’il était significatif que l’appelant ait pressenti des agents de police et que ceux-ci aient suivi son plan ou, du moins dans le cas de Stade, aient feint de le faire.

Le juge Trainor a statué que, même si les conversations enregistrées constituaient des fouilles, des perquisitions ou des saisies abusives en violation de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces éléments de preuve ne devraient pas être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge a souligné de nouveau que la police et la Société du barreau avaient agi de bonne foi en tout temps, et que la police avait des motifs raisonnables et probables de croire que des infractions criminelles avaient été commises à la fois par l’appelant et par les auteurs des déclarations solennelles.

Puis le juge Trainor a abordé la question de l’admissibilité des déclarations solennelles. Il a conclu qu’elles n’étaient pas assujetties au privilège du secret professionnel de l’avocat puisqu’elles ne satisfaisaient pas au premier volet du critère établi dans l’arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la p. 284, à savoir que «[l]es communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées» (italique dans l’original). Il a en outre jugé que la préparation, l’assermentation et la production des déclarations solennelles constituaient l’essence même de l’*actus reus* du crime consistant à tenter délibérément d’entraver le cours de la justice. Il a donc conclu qu’aucun privilège ne s’appliquait aux documents.

La Cour d’appel (1994), 17 O.R. (3d) 583

Le juge Galligan

Le juge Galligan s’est d’abord demandé si les conversations interceptées étaient admissibles. Il a noté qu’on avait concédé qu’il y avait eu atteinte aux droits garantis à l’appelant par l’art. 8 de la

16

17

18

that the issue, therefore, was whether the evidence ought to have been rejected pursuant to s. 24(2). He stated that the factors to be considered were set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. He noted as well that in assessing those factors, it was important to assess the impact which the infringement of the *Charter* would have on the fairness of the trial.

19 Galligan J.A. found that the police were in possession of information that justified their reasonable belief that the appellant was engaged in very serious illegal activities. Those activities had already compromised one officer and would have compromised Stade had he agreed to the scheme. Galligan J.A. also found that Thompson's participation in the scheme constituted an offence against police discipline and that Stade's participation would also have had the same result. He expressed the view that the actions of Constable Thompson were such that he was probably guilty of a criminal breach of trust and that the appellant, by advising him to perform those acts, was a party to Thompson's offence. He determined that the police had taken every reasonable step to obtain legal advice and that, in light of the law as it existed at the time, they had acted reasonably.

20 Galligan J.A. put forward, as a further reason for finding that the interception of the conversation was reasonable, that it was important to demonstrate that Stade had not mistaken the words of the appellant or in any way misinterpreted the statements made to him.

21 He found that at the very least, from the point of view of police conduct, the infringement of the *Charter* was not a serious one. He concluded that the admission of the intercepted conversations would certainly not bring the administration of justice into disrepute.

22 Galligan J.A. next considered whether an investigation by the Law Society into allegations of professional misconduct of a solicitor came within the meaning of the phrase "the course of justice" set out in s. 139(2) of the *Code*. He noted that when allegations of misconduct were brought to the

Charte et qu'il restait donc à déterminer s'il fallait écarter la preuve sous le régime du par. 24(2). Selon lui, les facteurs à prendre en considération avaient été énoncés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Il a noté en outre que, pour évaluer ces facteurs, il importait d'apprécier l'effet que la violation de la *Charte* pouvait avoir sur l'équité du procès.

Le juge Galligan a conclu que la police était en possession de renseignements qui la justifiaient de croire raisonnablement que l'appelant était impliqué dans de très graves activités illégales. Ces activités avaient déjà compromis un officier et elles auraient pu compromettre Stade s'il avait accepté le stratagème. Le juge Galligan a aussi conclu que la participation de Thompson à l'entente constituait une infraction à la discipline de la police et que la participation de Stade aurait eu le même résultat. Selon lui, le constable Thompson s'était probablement, par ses actes, rendu coupable d'un manquement criminel à sa mission et l'appelant, en lui conseillant d'agir ainsi, était partie à l'infraction commise par Thompson. Il a conclu que la police avait pris toutes les dispositions nécessaires pour obtenir un avis juridique et que, compte tenu du droit alors en vigueur, elle avait agi raisonnablement.

Le juge Galligan a en outre avancé, comme autre motif de conclure que l'interception était raisonnable, le fait qu'il importait de démontrer que Stade n'avait pas mal compris les mots de l'appelant ni mal interprété de quelque façon les propositions qui lui avaient été faites.

Il a conclu qu'à tout le moins du point de vue de la conduite de la police, la violation de la *Charte* n'était pas grave. Il a conclu que l'utilisation des conversations interceptées n'était certainement pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge Galligan s'est ensuite demandé si une enquête de la Société du barreau sur des allégations de manquement professionnel d'un avocat était visée par l'expression «le cours de la justice» figurant au par. 139(2) du *Code*. Il a noté que, lorsque des allégations de manquement étaient portées

attention of the Law Society, the first step was to investigate the situation. If the Law Society staff concluded that the allegations made against a solicitor were unfounded, discipline proceedings would probably not be commenced. He expressed the opinion that the phrase "course of justice" would include an investigation which could lead to proceedings being taken against the person. He was further of the opinion that those "proceedings" should not be restricted to the investigation of true crimes under the *Code*. He concluded that the phrase would apply to any body which is authorized to act by statute and "which judges". He determined that the Law Society was just such a body and that s. 139(2) of the *Code* extended to the investigatory stages of potential disciplinary proceedings before the Law Society.

Goodman J.A. (concurring)

In his concurring reasons, Goodman J.A. observed at p. 608 that if it had not been conceded that the intercepted conversation constituted a breach of the appellant's rights under s. 8 of the *Charter*, "a strong argument could be made that no such breach had occurred". However, in light of the concession, he went on to consider whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. He agreed with Galligan J.A. that the intercepted conversations were properly admitted in evidence. However, he differed from Galligan J.A.'s opinion that the fact that the appellant had anticipated the possibility of his conversation's being recorded could be taken into account in considering whether the communication was a private one. He expressed the view that once it had been determined that the communication was private, then the fact that the originator may have anticipated its recording was not relevant in determining whether it should be admitted or excluded under s. 24(2).

Abella J.A.

Abella J.A. agreed with the conclusions reached by Galligan J.A. and generally concurred with the reasons of Goodman J.A.

à l'attention de la Société du barreau, sa première démarche était d'enquêter sur la situation. Si le personnel de la Société du barreau concluait que les allégations n'étaient pas fondées, il n'y aurait probablement pas de procédures disciplinaires. À son avis, l'expression «le cours de la justice» comprendrait une enquête qui pourrait conduire à l'institution de procédures contre la personne visée. Il a estimé en outre que ces «procédures» ne devraient pas se limiter à une enquête visant uniquement des crimes expressément prévus dans le *Code*. Il a conclu que cette expression devrait s'appliquer à tout organisme qu'une loi habilite à agir et qui «rend jugement». Il a conclu que la Société du barreau était un tel organisme et que l'application du par. 139(2) du *Code* s'étendait aux étapes d'enquête d'éventuelles procédures disciplinaires devant la Société du barreau.

Le juge Goodman (motifs concordants)

Dans ses motifs concordants, le juge Goodman a observé, à la p. 608, que si l'on n'avait pas concédé que les conversations interceptées constituaient une violation des droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*, [TRADUCTION] «on pourrait sérieusement faire valoir l'inexistence d'une telle violation». Compte tenu de cette concession toutefois, il s'est demandé ensuite si l'utilisation de la preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il a convenu avec le juge Galligan que les conversations interceptées avaient été à bon droit admises en preuve. Il ne partageait toutefois pas l'opinion du juge Galligan qu'on pouvait prendre en considération le fait que l'appelant avait prévu la possibilité que la conversation soit enregistrée pour déterminer s'il s'agissait d'une communication privée. Selon lui, dès qu'on a déterminé qu'une communication est privée, le fait que l'auteur ait prévu qu'elle puisse être enregistrée est dénué de toute pertinence relativement à l'opportunité de l'admettre ou de l'écarter en vertu du par. 24(2).

Le juge Abella

Le juge Abella a souscrit aux conclusions du juge Galligan et a souscrit de façon générale aux motifs du juge Goodman.

Analysis*Scope and Application of the Phrase "Course of Justice" Appearing in s. 139(2) of the Criminal Code*

25 The prime issue raised in this appeal is whether the phrase "the course of justice", which appears in s. 139(2) of the *Code*, applies to the investigatory stage of discipline proceedings before the Law Society of Upper Canada. A consideration of the phrase requires answers to two questions. First, does s. 139(2) apply to the investigation stage or just to the formal legal proceedings? Second, does s. 139(2) apply to matters other than criminal and quasi-criminal offences? It may be helpful at this stage to set out the sections of the *Code* which describe the offence of obstructing justice and that which defines "judicial proceedings".

Relevant Statutory Provisions

26 The relevant statutory provision are:

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

118. In this Part,

...

"judicial proceeding" means a proceeding

- (a) in or under the authority of a court of justice,
- (b) before the Senate or House of Commons or a committee of the Senate or House of Commons, or before a legislative council, legislative assembly or house of assembly or a committee thereof that is authorized by law to administer an oath,
- (c) before a court, judge, justice, provincial court judge or coroner,
- (d) before an arbitrator or umpire, or a person or body of persons authorized by law to make an inquiry and take evidence therein under oath, or
- (e) before a tribunal by which a legal right or legal liability may be established,

Analyse*La portée et l'application de l'expression «le cours de la justice» au par. 139(2) du Code criminel*

Le principal point en litige dans le présent pourvoi a trait à la question de savoir si l'expression «le cours de la justice» au par. 139(2) du *Code* s'applique à l'étape de l'enquête de procédures disciplinaires engagées devant la Société du barreau du Haut-Canada. Pour apprécier la portée de cette expression, il faut répondre à deux questions. Premièrement, le par. 139(2) s'applique-t-il à l'étape de l'enquête ou seulement aux procédures judiciaires formelles? Deuxièmement, le par. 139(2) s'applique-t-il uniquement aux infractions criminelles et quasi criminelles? Il est utile de reproduire ici les dispositions du *Code* qui décrivent l'infraction d'entrave à la justice et qui définissent l'expression «procédure judiciaire».

Dispositions législatives

Les dispositions législatives pertinentes sont:

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

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

...

«procédure judiciaire» Procédure:

- a) devant un tribunal judiciaire ou sous l'autorité d'un tel tribunal;
- b) devant le Sénat ou la Chambre des communes ou un de leurs comités, ou devant un conseil législatif, une assemblée législative ou une chambre d'assemblée ou un comité de l'un de ces derniers qui est autorisé par la loi à faire prêter serment;
- c) devant un tribunal, un juge, un juge de paix, un juge de la cour provinciale ou un coroner;
- d) devant un arbitre, un tiers-arbitre ou une personne ou un groupe de personnes autorisé par la loi à tenir une enquête et à y recueillir des témoignages sous serment;
- e) devant tout tribunal ayant le pouvoir d'établir un droit légal ou une obligation légale,

whether or not the proceeding is invalid for want of jurisdiction or for any other reason;

que la procédure soit invalide ou non par manque de juridiction ou pour toute autre raison.

...

...

139. (1) Every one who wilfully attempts in any manner to obstruct, pervert or defeat the course of justice in a judicial proceeding,

139. (1) Quiconque volontairement tente de quelque manière d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire:

(a) by indemnifying or agreeing to indemnify a surety, in any way and either in whole or in part, or

a) soit en indemnisant ou en convenant d'indemniser une caution de quelque façon que ce soit, en totalité ou en partie;

(b) where he is a surety, by accepting or agreeing to accept a fee or any form of indemnity whether in whole or in part from or in respect of a person who is released or is to be released from custody,

b) soit étant une caution, en acceptant ou convenant d'accepter des honoraires ou toute forme d'indemnité, que ce soit en totalité ou en partie, de la part d'une personne qui est ou doit être mise en liberté ou à l'égard d'une telle personne,

is guilty of

est coupable:

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

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

(d) an offence punishable on summary conviction.

d) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(2) Every one who wilfully attempts in any manner other than a manner described in subsection (1) to obstruct, pervert or defeat the course of justice is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque volontairement tente de quelque manière, autre qu'une manière visée au paragraphe (1), d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice.

(3) Without restricting the generality of subsection (2), every one shall be deemed wilfully to attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice who in a judicial proceeding, existing or proposed,

(3) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), est censé tenter volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice quiconque, dans une procédure judiciaire existante ou projetée, selon le cas:

(a) dissuades or attempts to dissuade a person by threats, bribes or other corrupt means from giving evidence;

a) dissuade ou tente de dissuader une personne, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption, de témoigner;

...

...

Does the "Course of Justice" Include Investigations?

Le «cours de la justice» comprend-il les enquêtes?

The proceedings of a court, or indeed those of most administrative tribunals, will almost invariably commence with an investigation. Investigation is necessary to determine if a crime or wrong has been committed. It is the essential first step in any judicial or quasi-judicial proceeding which may result in a prosecution. In the ordinary course of events, one who perverts the course of an investigation also perverts the course of justice. For

Les procédures d'une cour, ou celles de la plupart des tribunaux administratifs, commencent presque invariablement par une enquête. L'enquête sert à déterminer s'il y a eu perpétration d'un crime ou d'une injustice. C'est la première étape essentielle de toute procédure judiciaire ou quasi-judiciaire qui peut donner lieu à une poursuite. Dans le cours normal des choses, celui qui détourne le cours d'une enquête se trouve aussi à

example, there is no question that someone who lies to the police investigating a car accident as to the identity of the driver is by that lie perverting the course of justice. In the same way, there can be no doubt that someone who lies to a safety inspector as to the condition of a work site, thereby concealing its dangers, is, by that lie, perverting the course of justice. It follows that to mislead knowingly during that first step of the investigation just as surely perverts the course of justice as would making a bribe to a witness to change his or her testimony during a trial. The only difference is that, in the first example, the crime is committed at the outset of the proceedings and, in the second example, towards the end.

28 The authorities support the position that the phrase "the course of justice" must include the investigatory stage. In *Kalick v. The King* (1920), 61 S.C.R. 175, the accused was convicted of having corruptly interfered with "the administration of justice". He had bribed a police officer to avoid being charged with a violation of the *Saskatchewan Temperance Act*, S.S. 1917, c. 23. Anglin J. (as he then was) stated at p. 183:

It is quite immaterial whether the police officer actually intended or contemplated instituting a prosecution. It suffices that the appellant gave the bribe with intent to head off such a proceeding. The due administration of justice is interfered with quite as much by improperly preventing the institution of a prosecution as by corruptly burking one already begun.

29 In a concurring opinion, Brodeur J. stated at p. 186:

I am of opinion that the "administration of justice" mentioned in section 157 of the Criminal Code should not be restricted to what takes place after an information has been laid; but it includes the taking of necessary steps to have a person who has committed an offence brought before the proper tribunal, and punished for his offence. It is a very wide term covering the detection, prosecution and punishment of offenders.

détourner le cours de la justice. Il ne fait aucun doute, par exemple, que la personne qui ment à la police chargée d'enquêter sur un accident d'automobile quant à l'identité du conducteur, se trouve, par ce mensonge, à détourner le cours de la justice. De même, il ne fait aucun doute que la personne qui ment à un inspecteur de la sécurité au sujet de l'état d'un chantier, et qui lui en cache ainsi les dangers, se trouve, par ce mensonge, à détourner le cours de la justice. Il s'ensuit que le fait de tromper intentionnellement au cours de cette première étape de l'enquête a autant l'effet de détourner le cours de la justice que verser un pot-de-vin à un témoin pour l'inciter à modifier sa déposition au procès. La seule différence tient au fait que, dans le premier exemple, le crime est perpétré dès le début des procédures alors que, dans le deuxième exemple, il est perpétré vers la fin.

La jurisprudence appuie la position selon laquelle l'expression «le cours de la justice» doit inclure l'étape de l'enquête. Dans l'affaire *Kalick c. The King* (1920), 61 R.C.S. 175, l'accusé a été déclaré coupable d'avoir frustré, par corruption, «l'administration de la justice». Il avait offert un pot-de-vin à un policier afin d'éviter d'être accusé d'avoir enfreint la *Saskatchewan Temperance Act*, S.S. 1917, ch. 23. Le juge Anglin (tel était alors son titre) a dit à la p. 183:

[TRADUCTION] Il importe peu que l'agent de police ait effectivement voulu ou prévu engager une poursuite. Il suffit que l'appelant ait donné le pot-de-vin avec l'intention d'éviter une telle procédure. Il y a autant entrave à l'administration de la justice lorsqu'on empêche illicitement l'engagement d'une poursuite que lorsqu'on a recours à la corruption pour en étouffer une qui est déjà commencée.

Dans une opinion concordante, le juge Brodeur a déclaré à la p. 186:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que l'«administration de la justice» mentionnée à l'article 157 du Code criminel ne devrait pas se limiter à ce qui se produit après la déposition d'une dénonciation; elle comprend les mesures nécessaires pour amener devant le tribunal compétent et l'y faire punir pour son crime la personne qui a commis une infraction. Il s'agit d'un terme très large qui couvre la détection, la poursuite et le châtement des délinquants.

It is true that the phrase “the administration of justice” is not the same as “the course of justice”. Yet, I would have thought that the latter phrase is even broader in meaning than the former. Indeed, the *Kalick* decision has been cited as an authority in cases where a breach of s. 139(2) has been alleged. See, for example, *R. v. Morin* (1968), 5 C.R.N.S. 297 (Que. C.A.) at p. 299.

Similarly, in *R. v. Spezzano* (1977), 34 C.C.C. (2d) 87 (Ont. C.A.), the accused gave a false name to the police officer in an attempt to avoid being charged with the offence of driving while disqualified. There, Martin J.A. concluded that the expression “course of justice” in s. 139(2) includes attempts to obstruct, pervert or defeat a prosecution which the accused contemplates may take place. He relied upon the *Kalick* decision to support his conclusion. The following appears in his reasons at p. 91:

The expression “the course of justice” in s. 127(2) [now s. 139(2)] includes judicial proceedings existed or proposed but is not limited to such proceedings. The offence under s. 127(2) also includes attempts by a person to obstruct, pervert or defeat a prosecution which he contemplates may take place, notwithstanding that no decision to prosecute has been made.

And at p. 93:

... there was evidence to support the finding of the trial Judge that the appellant made the false statement to the constable during an investigation by the latter of a suspected offence and that it was made by the appellant to escape prosecution for an offence which the appellant apprehended might ensue. In those circumstances the “course of justice” had commenced.

In *R. v. Rogerson* (1992), 174 C.L.R. 268, the Australian High Court took the next logical step and extended this reasoning to disciplinary tribunals. In that case, Mason C.J. wrote at p. 277:

... it is enough that an act has a tendency to frustrate or deflect a prosecution or disciplinary proceeding before a judicial tribunal which the accused contemplates may possibly be instituted, even though the possibility of instituting that prosecution or disciplinary proceeding

Il est vrai que l'expression «l'administration de la justice» n'est pas la même que «le cours de la justice». J'estime toutefois que la deuxième expression a probablement un sens plus large que la première. En fait, l'arrêt *Kalick* a été cité comme faisant autorité dans des cas d'allégations de violation du par. 139(2). Voir par exemple l'arrêt *R. c. Morin* (1968), 5 C.R.N.S. 297 (C.A. Qué.), à la p. 299.

De même, dans l'affaire *R. c. Spezzano* (1977), 34 C.C.C. (2d) 87 (C.A. Ont.), l'accusé avait donné un faux nom à l'agent de police, tentant ainsi d'éviter d'être inculpé pour conduite sans permis. Dans cette affaire, le juge Martin a conclu que l'expression «le cours de la justice» au par. 139(2) comprenait les tentatives pour entraver, détourner ou contrecarrer une poursuite que l'accusé pense pouvoir être intentée. Il a fondé sa conclusion sur l'arrêt *Kalick* et dit ceci à la p. 91:

[TRADUCTION] L'expression «le cours de la justice» au par. 127(2) [maintenant par. 139(2)] comprend des procédures judiciaires en cours ou projetées, mais ne se limite pas à ces procédures. L'infraction prévue au par. 127(2) comprend aussi les tentatives faites par une personne pour entraver, détourner ou contrecarrer une poursuite qu'elle pense pouvoir être intentée, même si aucune décision de poursuivre n'a encore été prise.

Puis, à la p. 93:

[TRADUCTION] ... des éléments de preuve appuient la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appelant a fait une fausse déclaration au constable qui procédait à une enquête à l'égard d'une infraction possible et qu'il a fait cette déclaration afin d'échapper à la poursuite qu'il appréhendait. En de pareilles circonstances, le «cours de la justice» avait déjà commencé.

Dans l'affaire *R. c. Rogerson* (1992), 174 C.L.R. 268, la Haute Cour australienne a poursuivi la logique en étendant ce raisonnement aux tribunaux disciplinaires. Dans cette affaire, le juge en chef Mason a écrit à la p. 277:

[TRADUCTION] ... il suffit qu'un acte tende à contrecarrer ou à détourner une poursuite ou des procédures disciplinaires devant un tribunal judiciaire que l'accusé pense pouvoir être engagées, même si la possibilité d'instituer la poursuite ou les procédures disciplinaires

has not been considered by the police or the relevant law enforcement agency.

n'a pas été examinée par la police ou par l'organisme compétent chargé de l'application des lois.

33 In the case at bar, it is clear from the evidence that if, as a result of its investigations, the Law Society staff concluded that the allegations made against a solicitor were unfounded, disciplinary proceedings would not be commenced.

En l'espèce, il ressort clairement de la preuve que si, par suite de ses enquêtes, le personnel de la Société du barreau concluait que les allégations portées contre un avocat n'étaient pas fondées, on n'engageait pas de procédures disciplinaires.

34 In summary, since a false statement at the stage of the investigation may prevent any proceedings from taking place and thus pervert the course of justice, s. 139(2) must encompass investigatory proceedings.

En résumé, puisqu'une fausse déclaration à l'étape de l'enquête peut empêcher l'institution de poursuites et, partant, détourner le cours de la justice, le par. 139(2) doit comprendre des procédures d'enquête.

The Scope that should be given to the Phrase "the Course of Justice"

La portée à donner à l'expression «le cours de la justice»

(a) Based Upon the Provisions of the Criminal Code

a) En fonction des dispositions du Code criminel

35 It now remains to be determined whether s. 139(2) should, as a result of the phrase "the course of justice", be applicable to disciplinary proceedings of the Law Society. At the outset, some assistance can be gathered from the wording and positioning of ss. 118 and 139. Both these sections come within Part IV of the *Code* which is entitled "Offences Against the Administration of Law and Justice".

Il reste maintenant à déterminer si, en raison de l'expression «le cours de la justice», le par. 139(2) devrait s'appliquer aux procédures disciplinaires de la Société du barreau. D'entrée de jeu, on peut tirer profit de la formulation et de la position des art. 118 et 139. Ces deux dispositions se trouvent dans la Partie IV du *Code* qui est intitulée «Infractions contre l'application de la loi et l'administration de la justice».

36 Section 139 describes the acts which will constitute obstructions or perversions of justice. It is significant that s. 139(1) refers to "the course of justice in a judicial proceeding" and sets out two specific means by which the course of justice may be obstructed, perverted or defeated. Subsection 2 is framed in the broadest possible way and refers to "[e]very one who wilfully attempts in any manner other than a manner described in subsection (1) to obstruct, pervert or defeat the course of justice". Subsection 3 sets out further specific instances of prohibited acts. It provides that "[w]ithout restricting the generality of subsection (2), every one shall be deemed wilfully to attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice who in a judicial proceeding, existing or proposed", acts in a man-

L'article 139 décrit les actes qui constituent une entrave ou un détournement de la justice. Il est révélateur que le par. 139(1) mentionne «le cours de la justice dans une procédure judiciaire» avant de mentionner deux moyens particuliers qui pourraient servir à entraver, à détourner ou à contrecarrer le cours de la justice. Le paragraphe (2) est libellé de la façon la plus large possible et vise «quiconque volontairement tente de quelque manière, autre qu'une manière visée au paragraphe (1), d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice». Le paragraphe (3) donne d'autres exemples précis d'actes interdits. Il prévoit que «[s]ans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), est censé tenter volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours

ner which comes within the scope of paras. (a), (b) and (c).

Clearly, subs. (2) describes an offence which is much wider in its scope and which encompasses many more acts than those described in subss. 1 and 3. In my view, the phrase “the course of justice” must not only refer to the judicial proceedings described in subss. (1) and (3) of s. 139, but must also include the judicial proceedings which are defined in s. 118. Once again, that section provides:

“judicial proceeding” means a proceeding

- (a) in or under the authority of a court of justice,
- (b) before the Senate or House of Commons or a committee of the Senate or House of Commons, or before a legislative council, legislative assembly or house of assembly or a committee thereof that is authorized by law to administer an oath,
- (c) before a court, judge, justice, provincial court judge or coroner,
- (d) before an arbitrator or umpire, or person or body of persons authorized by law to make an inquiry and take evidence therein under oath, or
- (e) before a tribunal by which a legal right or legal liability may be established,

whether or not the proceeding is invalid for want of jurisdiction or for any other reason. [Emphasis added.]

The Court of Appeal was of the opinion that the s. 118 definition of judicial proceeding was of no relevance in considering the scope of the phrase “the course of justice”. With the greatest of respect, I cannot agree. Subsections 139(1) and (3) both specifically refer to a judicial proceeding. Subsection (2) is even broader in its terms. It is, then, reasonable and appropriate to take into account the definition section which appears at the very beginning of Part IV of the *Code* and which pertains to “Offences Against the Administration of Law and Justice”. Section 139 and s. 118 should, in my view, be read together, and the definition of judicial proceeding must apply to all

de la justice quiconque, dans une procédure judiciaire existante ou projetée,» agit d’une des façons décrites aux al. a), b) et c).

Le paragraphe (2) décrit manifestement une infraction dont la portée est beaucoup plus large et qui englobe beaucoup plus d’actes que ceux qui sont décrits aux par. (1) et (3). À mon avis, l’expression «le cours de la justice» ne renvoie pas uniquement aux poursuites judiciaires décrites aux par. (1) et (3) de l’art. 139, mais doit aussi englober les poursuites judiciaires qui sont définies à l’art. 118. Je cite de nouveau cet article:

«procédure judiciaire» Procédure:

- a) devant un tribunal judiciaire ou sous l’autorité d’un tel tribunal;
- b) devant le Sénat ou la Chambre des communes ou un de leurs comités, ou devant un conseil législatif, une assemblée législative ou une chambre d’assemblée ou un comité de l’un de ces derniers qui est autorisé par la loi à faire prêter serment;
- c) devant un tribunal, un juge, un juge de paix, un juge de la cour provinciale ou un coroner;
- d) devant un arbitre, un tiers-arbitre ou une personne ou un groupe de personnes autorisé par la loi à tenir une enquête et à y recueillir des témoignages sous serment;
- e) devant tout tribunal ayant le pouvoir d’établir un droit légal ou une obligation légale,

que la procédure soit invalide ou non par manque de juridiction ou pour toute autre raison. [Je souligne.]

La Cour d’appel était d’avis que la définition de l’expression «procédure judiciaire» à l’art. 118 n’avait aucun rapport avec l’examen de la portée de l’expression «le cours de la justice». Avec égards, je ne puis souscrire à cette opinion. Les paragraphes 139(1) et (3) mentionnent tous deux expressément une procédure judiciaire. Le paragraphe (2) a un libellé encore plus large. Il est donc raisonnable et opportun de tenir compte de l’article des définitions qui figure au tout début de la Partie IV du *Code* et qui porte sur les «Infractions contre l’application de la loi et l’administration de la justice». À mon avis, les art. 139 et 118 devraient être lus conjointement, et la définition de

three subsections of s. 139. It follows that the phrase “the course of justice”, as it appears in s. 139(2), is not limited to existing or proposed judicial proceedings. Rather, it must include all those proceedings that fall within the definition of “judicial proceeding” set out in s. 118.

39 The Law Society’s disciplinary proceedings would come within s. 118(d) since the person presiding over a disciplinary hearing (*Law Society Act*, s. 33(2)) “may administer oaths to witnesses and require them to give evidence under oath”. Further, the disciplinary proceedings of the Law Society would clearly come within s. 118(e) as a tribunal by which a legal right or a legal liability may be established. Section 139 should be given a reasonably broad scope and a liberal definition. This was suggested as early as 1920 in *Kalick, supra*. There it was held that s. 157 (now s. 120) of the *Code* encompassed both criminal offences and quasi-criminal provincial offences. Duff J. (as he then was) wrote at p. 182:

... [The appellant] argues that the application of the section is limited to offenders or persons supposed to be or suspected of being or fearing that they are offending against the criminal law strictly so called, that is to say, against the criminal law as falling within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada. While the word “crime” in the Criminal Code generally speaking applies only to crimes strictly so called and probably has that restricted meaning in this section, I think there is nothing requiring us to limit the meaning of the words administration of justice in the way suggested. [Emphasis added.]

40 Similarly, the Ontario Court of Appeal, in *R. v. Zeck* (1980), 53 C.C.C. (2d) 551 (Ont. C.A.), found that s. 139(2) was applicable to proceedings arising from the infraction of a municipal parking by-law. In *R. v. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), it was held that the section was applicable to the Ontario *Highway Traffic Act* provisions pertaining to the issuing of traffic tickets.

procédure judiciaire doit s’appliquer aux trois paragraphes de l’art. 139. Il s’ensuit que l’expression «le cours de la justice» au par. 139(2) ne se limite pas aux procédures judiciaires existantes ou projetées. Bien au contraire, elle doit comprendre toutes les procédures visées par la définition de l’expression «procédure judiciaire» à l’art. 118.

Les procédures disciplinaires de la Société du barreau relèveraient de l’al. 118d) puisque le président d’audience (*Loi sur la Société du barreau*, art. 33(2)) «peut faire prêter serment aux témoins et exiger qu’ils témoignent sous serment». En outre, les procédures disciplinaires de la Société du barreau seraient clairement visées par l’al. 118e) puisqu’il s’agit d’un tribunal qui a le pouvoir d’établir un droit légal ou une obligation légale. L’article 139 devrait recevoir une interprétation raisonnablement large et libérale. C’est ce que suggérait l’arrêt *Kalick*, précité, dès 1920. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que l’art. 157 (maintenant art. 120) du *Code* englobait à la fois les infractions prévues en droit pénal et les infractions provinciales quasi-pénales. Le juge Duff a écrit, à la p. 182:

[TRANSLATION] ... [L’appelant] prétend que l’application de l’article se limite aux contrevenants ou aux personnes soupçonnées ou susceptibles de contrevenir au droit criminel proprement dit, c’est-à-dire au droit criminel qui est de la compétence exclusive du Parlement du Canada. Même si le mot «crime» dans le Code criminel s’applique généralement aux seuls crimes proprement dits et qu’il a probablement ce sens restreint dans cet article, je pense que rien ne nous oblige à limiter ce sens des mots administration de la justice de la façon qui nous a été suggérée. [Je souligne.]

De même, la Cour d’appel de l’Ontario, dans *R. c. Zeck* (1980), 53 C.C.C. (2d) 551 (C.A. Ont.), a conclu que le par. 139(2) s’appliquait aux poursuites découlant de l’inobservation d’un règlement municipal sur le stationnement. Dans *R. c. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), elle a statué que l’article s’appliquait aux dispositions du *Code de la route* de l’Ontario portant sur la délinquance de contraventions.

(b) Cases Which Have Considered the Scope of the Common Law Offence of Obstructing Justice

There are no Canadian cases dealing with the applicability of s. 139 to proceedings held before disciplinary tribunals. However, cases from England and Australia which have dealt with the common law offence of perverting the course of justice have indicated that the phrase applies to proceedings of arbitration boards established by statute and to professional disciplinary committees.

R. v. Vreones, [1891] 1 Q.B. 360, dealt with the falsification of evidence to be given before an arbitrator. The accused in that case was a party to a contract for shipping wheat which provided that any disputes arising from the contract would be settled through arbitration. The contract also provided that samples of wheat were to be taken upon delivery to verify the product's quality. Samples were duly taken, but the accused falsified them to make it appear that the bulk of the cargo was of better quality than it really was. Although no dispute arose before the arbitration board, the accused was still charged with an attempt to pervert the course of justice.

Pollock B. found that the actions of the accused had indeed constituted an attempt to pervert the course of justice even though the dispute arose from the provisions of a private contract. At page 369 he wrote:

The real offence here is the doing of some act which has a tendency and is intended to pervert the administration of public justice. The question is, whether the sending of these adulterated samples, which by previous arrangement were to be sent to the association in London to be used by the arbitrators, is such an act as I have described. I think that it was. I think that the arbitrators are to be considered as a tribunal administering public justice. Such a tribunal is one specially sanctioned by Courts of law, and its decisions are enforced and carried out by the Courts of law. I am of opinion that by tampering with the evidence which was to be laid before that tribunal the defendant was interfering with the course of justice.

b) Décisions concernant la portée de l'infraction d'entrave à la justice en common law

Il n'existe aucune décision canadienne qui porte sur l'applicabilité de l'art. 139 à des procédures engagées devant des tribunaux disciplinaires. Toutefois, des décisions d'Angleterre et d'Australie qui portent sur l'infraction de détournement du cours de la justice en common law indiquent que l'expression en cause vise les procédures de comités d'arbitrage établis par une loi de même que celles de comités de discipline professionnelle.

L'arrêt *R. c. Vreones*, [1891] 1 Q.B. 360, concernait la falsification d'un élément de preuve qui devait être produit devant un arbitre. Dans cette affaire, l'accusé était partie à un contrat de transport de blé qui prévoyait que tout différend découlant du contrat devait être réglé par voie d'arbitrage. Le contrat prévoyait aussi le prélèvement d'échantillons de blé à la livraison à des fins de vérification de la qualité du produit. Des échantillons furent effectivement prélevés, mais l'accusé les a falsifiés afin de donner l'impression que la cargaison était de meilleure qualité qu'en réalité. Bien qu'aucun différend n'ait été porté devant le comité d'arbitrage, l'inculpé a été accusé d'avoir tenté de détourner le cours de la justice.

Le baron Pollock a conclu que les actions de l'accusé constituaient effectivement une tentative de détournement du cours de la justice même si le différend découlait des dispositions d'un contrat privé. Il dit ceci à la p. 369:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'infraction véritable est un acte qui tend ou qui vise à détourner l'administration de la justice publique. Il s'agit de savoir si l'expédition de ces échantillons falsifiés, qui en vertu de dispositions antérieures devaient être expédiés à l'association à Londres pour que les arbitres puissent les utiliser, constitue un acte qui correspond à ce que j'ai décrit. Je pense que oui. Je pense que les arbitres doivent être considérés comme un tribunal qui administre la justice publique. Un tel tribunal est spécialement sanctionné par les cours de justice, et ses décisions sont appuyées et appliquées par les cours de justice. J'estime qu'en altérant la preuve qui devait être versée devant ce tribunal, le défendeur entravait le cours de la justice.

41

42

43

44 Further, in *Rogerson, supra*, the High Court of Australia held that an attempt to mislead an investigation into facts which could give rise to a police disciplinary hearing constituted an attempt to pervert the course of justice. At page 276, relying upon *Vreones, supra*, Mason C.J. held:

... the course of justice is not confined to justice as it is administered by the orthodox court system. In *Vreones*, the offence consisted in the accused adulterating samples to be used by arbitrators who were "to be considered as a tribunal administering public justice", to quote once again the words of Pollock B. The course of justice relevantly includes the proceedings of judicial tribunals, that is, tribunals having authority to determine the rights and obligations of parties and having a duty to act judicially.

Brennan and Toohey JJ. concurred with Mason C.J. who wrote at p. 283:

Neither the police nor other investigative agencies administer justice in any relevant sense. However, it is their function to bring or to assist in bringing prosecutions as part of their duty to enforce the law and, sometimes, to institute proceedings of a disciplinary nature before an appropriate tribunal under an applicable disciplinary code. A tribunal whose jurisdiction extends to the enforcing or adjusting of rights and liabilities in accordance with law and whose procedure is judicial in character is engaged, when exercising that jurisdiction, in administering justice so that the commencement of proceedings invoking that jurisdiction may set in train a relevant course of justice. The offence of perverting or attempting to pervert the course of justice may be committed with respect to such proceedings before a tribunal as well as with respect to proceedings before a court.

45 I find the reasoning expressed in *Rogerson*, to be attractive and convincing.

46 It is apparent that s. 139(2) applies to those investigations carried out with a view to determining whether or not disciplinary proceedings should be taken by the Law Society. That finding is sufficient for the purposes of this case. Yet, the Court

De plus, dans l'arrêt *Rogerson*, précité, la Haute Cour d'Australie a conclu que la tentative de fausser une enquête factuelle qui pouvait donner lieu à une audience disciplinaire de la police constituait une tentative de détournement du cours de la justice. En se fondant sur l'arrêt *Vreones*, précité, le juge en chef Mason a conclu, à la p. 276:

[TRADUCTION] ... le cours de la justice ne se limite pas à la justice qui est administrée par le système judiciaire traditionnel. Dans l'affaire *Vreones*, l'infraction de l'accusé consistait à avoir falsifié des échantillons que devaient utiliser des arbitres, qui devaient «être considérés comme un tribunal qui administre la justice publique», pour reprendre encore une fois les termes du baron Pollock. Le cours de la justice comprend pertinemment les procédures de tribunaux judiciaires, c'est-à-dire de tribunaux qui ont compétence pour déterminer les droits et les obligations des parties et qui ont le devoir d'agir de façon judiciaire.

Les juges Brennan et Toohey ont souscrit aux motifs du juge en chef Mason qui a écrit à la p. 283:

[TRADUCTION] Ni la police ni d'autres organismes d'enquête n'administrent la justice au sens propre du terme. Toutefois, dans le cadre de leur devoir d'application de la loi, ils ont pour fonction d'engager ou d'aider à engager des poursuites et, parfois, d'engager des procédures de nature disciplinaire devant un tribunal approprié en vertu du code disciplinaire applicable. Lorsqu'il exerce son pouvoir, le tribunal dont la compétence s'étend à l'application ou à l'évaluation de droits et obligations en vertu de la loi et dont la procédure revêt un caractère judiciaire, participe à l'administration de la justice de sorte que l'engagement des procédures faisant appel à cette compétence peut déclencher le cours de la justice approprié. L'infraction de détournement ou de tentative de détournement du cours de la justice peut être perpétrée à l'égard de procédures semblables devant un tribunal comme à l'égard de procédures devant une cour de justice.

Je trouve que le raisonnement exprimé dans l'arrêt *Rogerson* est intéressant et convaincant.

Il est manifeste que le par. 139(2) s'applique aux enquêtes faites en vue de déterminer s'il y a lieu pour la Société du barreau d'engager des procédures disciplinaires. Cette constatation est suffisante pour les fins de la présente espèce. Toutefois,

of Appeal carefully considered what the scope of the section should be and suggested a rule that a decision-making body would come within the phrase “the course of justice” if it was: (1) “a body which judges”; and (2) “[i]ts authority to do so [was] derived from a statute” (pp. 602-3). To this I would add that the decision making body must, by the terms of its empowering statute, be required to act in a judicial manner. It must for example, be required to investigate and to institute proceedings to enforce statutory standards of conduct, or of products or of discipline.

The Legislature or Parliament granting such powers to a body will have considered that it would act judicially and that decision must be recognized by the courts. Further in exercising such significant powers the body must act judicially or it would deny natural justice to the parties appearing before it with all the consequences that would entail.

In *Rogerson, supra*, Mason C.J. wisely observed that the course of justice is not confined to justice as it is administered by the orthodox court system. His words recognize the realities of today’s society. The rule proposed by the Court of Appeal combined with the suggested additions accepts that reality and provides a reasonable basis for approaching situations such as the investigation of breaches of regulations or codes of conduct or of discipline which are routinely entrusted to administrative boards or statutorily authorized disciplinary tribunals.

There may be some reluctance on the part of the courts to recognize that a serious perversion of justice can occur just as readily in the work of administrative tribunals or disciplinary bodies as it can in the proceedings of the courts. Yet, I think this is the situation that exists in our contemporary society. It cannot be forgotten that so much of the conduct of people’s affairs today is no longer controlled by the courts but by statutory tribunals. The courts simply cannot cope with the vast multitude of problems requiring investigation, regulation and

la Cour d’appel a examiné soigneusement la question de la portée à donner à l’article, et suggéré comme règle qu’un organisme décisionnel serait visé par l’expression «le cours de la justice» s’il était: (1) «un organisme qui juge»; et si (2) «[s]on pouvoir de juger lui [était] conféré par une loi» (pp. 602 et 603). J’ajouterais à cela que l’organisme décisionnel doit, aux termes de sa loi habilitante, agir judiciairement. Il doit par exemple être tenu de procéder à des enquêtes et d’engager des procédures visant l’application de normes d’origine législative en matière de conduite, de produits ou de discipline.

Lorsqu’il confère de tels pouvoirs à un organisme, le législateur provincial ou fédéral prévoit que celui-ci agira judiciairement, et cette décision doit être reconnue par les tribunaux judiciaires. En outre, dans l’exercice de pouvoirs aussi importants, l’organisme doit agir judiciairement sinon il se trouverait à dénier la justice naturelle aux parties qui se présentent devant lui, avec toutes les conséquences que cela pourrait entraîner.

Dans l’arrêt *Rogerson*, précité, le juge en chef Mason a observé avec justesse que le cours de la justice ne se limite pas à la justice qui est administrée par le système judiciaire traditionnel. Ses propos reconnaissent les réalités de la société contemporaine. La règle proposée par la Cour d’appel, accompagnée des ajouts proposés, accepte cette réalité et fournit un fondement raisonnable à l’examen de cas d’infractions à des règlements ou à des codes de conduite ou de discipline qui sont habituellement confiées à des tribunaux administratifs ou à des tribunaux disciplinaires habilités en vertu d’une loi.

Il se peut que les cours de justice aient une certaine réticence à reconnaître qu’un grave détournement de la justice peut se produire tout aussi bien dans les travaux de tribunaux administratifs ou d’organismes disciplinaires que dans des procédures judiciaires. Et pourtant c’est bien là, selon moi, la situation qui existe dans notre société contemporaine. On ne peut oublier qu’aujourd’hui, une large part de la conduite des affaires des gens n’est plus contrôlée par les cours, mais par des tribunaux créés par une loi. Les cours de justice ne

47

48

49

enforcement to protect the health and safety of Canadians. That role has of necessity been undertaken by statutorily empowered administrative tribunals or discipline panels.

peuvent tout simplement pas s'occuper de la multitude des problèmes qui exigent des mesures de réglementation, d'enquête et d'application pour protéger la santé et la sécurité des Canadiens. Par la force des choses, ce rôle est dévolu à des tribunaux administratifs ou à des comités de discipline établis par une loi.

50 Society must for its safety and health be concerned with so many aspects of daily life. Whether it is the safety of the workplace or public buildings, the purity of food or water, the cleanliness of restaurants or hotels, the failure to maintain the statutory standards may have disastrous results for society. Therefore, the various statutorily authorized boards must investigate, inspect and commence appropriate proceedings if those minimum standards are not maintained, or if regulations are breached. It seems to me that the course of justice can be perverted if, for example, the investigations of those responsible for maintaining the purity of water are knowingly misled just as surely as it would be if a police officer were bribed to change his or her evidence in court.

Pour assurer la sécurité et la santé de ses membres, la société doit se préoccuper d'un grand nombre d'aspects de la vie quotidienne. Qu'il s'agisse de la sécurité en milieu de travail ou dans les immeubles publics, de la qualité de la nourriture ou de l'eau, ou encore de la propreté dans les restaurants et les hôtels, les manquements aux normes légales peuvent entraîner des effets désastreux pour la société. Voilà pourquoi les divers organismes établis par la loi doivent enquêter, inspecter et engager les procédures appropriées en cas de manquement à ces normes minimales ou de violation des règlements. J'estime que le cours de la justice peut être détourné si, par exemple, on induit intentionnellement en erreur des enquêteurs chargés d'assurer la qualité de l'eau, au même titre que si l'on versait un pot-de-vin à un policier pour qu'il modifie son témoignage devant la cour.

51 The perversion of justice can occur in a myriad of cases where a tribunal or entity is created by statute to judge rights and obligations. A random perusal of some Ontario Statutes bears this out. For example, the *Meat Inspection Act (Ontario)*, R.S.O. 1990, c. M.5, provides that no person shall slaughter an animal, sell, transport or deliver meat, or engage in the business of producing, processing or handling meat except as provided by the regulations. A licence must be obtained from the Director, and the Director, in turn, when assessing whether a licence should be issued, renewed, suspended or revoked, will hold a hearing. The Act also provides that an inspector may be appointed who may enter any building other than a dwelling house to inspect the animals and meat contained within them. The Act further provides that no person shall hinder or obstruct the Director or an inspector in the course of their duties. Finally, a person who contravenes any of the provisions of

Il peut y avoir détournement de la justice dans une multitude de situations engageant un tribunal ou un organisme habilité par une loi à déterminer des droits et des obligations. Il suffit d'examiner quelques lois de l'Ontario choisies au hasard pour s'en rendre compte. Par exemple, la *Loi sur l'inspection des viandes (Ontario)*, L.R.O. 1990, ch. M.5, prévoit que nul ne doit abattre un animal, vendre, transporter ou livrer de la viande, ou se livrer à la production, à la transformation ou à la manutention de produits carnés sans se conformer aux règlements. Il faut obtenir un permis auprès du directeur, lequel lorsqu'il examine l'opportunité de délivrer, de renouveler, de suspendre ou de révoquer un permis, tient une audience. La Loi prévoit aussi que le ministre peut nommer un inspecteur habilité à pénétrer dans tout immeuble autre qu'un logement pour y inspecter les animaux et la viande qui s'y trouvent. La Loi prévoit en outre que nul ne doit gêner ou entraver l'action du directeur ou d'un

the Act is guilty of an offence and liable on conviction to a fine or to imprisonment.

It is important that the slaughtering of animals and sale of meats be carried on in a sanitary manner. The health of society depends upon it. It follows that one who sought to pervert the course of justice by giving false information to an inspector or Director should come within the purview of s. 139(2). Similar provisions appear in the *Motor Vehicle Dealers Act*, R.S.O. 1990, c. M.42. Once again, if society is to be protected from unscrupulous dealers selling dangerous vehicles, s. 139(2) must apply to that Act.

Admissibility of the tapes

The respondent conceded that the interception of the conversations between Stade and the appellant violated the appellant's right to be free from unreasonable search by virtue of s. 8 of the *Charter*. Therefore, it must be determined whether the admission of the tapes would bring the administration of justice into disrepute pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

The Court of Appeal correctly stated that the three primary considerations which must guide any analysis as to whether evidence should be excluded under s. 24(2) have been set out in *Collins, supra*, at pp. 284-88. They are:

1. Does the admission of the evidence affect the fairness of the trial?
2. How serious was the *Charter* breach?
3. What would be the effect of excluding the evidence on the repute of the administration of justice?

On the first question, it seems readily apparent that the admission of the evidence did not affect the fairness of the trial. The appellant could not by

inspecteur dans l'exercice de leurs fonctions. Enfin, quiconque enfreint une disposition de la Loi est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration de culpabilité, d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement.

Il importe que l'abattage d'animaux et la vente de viandes s'effectuent en toute salubrité. C'est la santé de la société qui en dépend. Il s'ensuit que quiconque chercherait à détourner le cours de la justice en donnant de faux renseignements à un inspecteur ou au directeur serait visé par le par. 139(2). Des dispositions semblables figurent dans la *Loi sur les commerçants de véhicules automobiles*, L.R.O. 1990, ch. M.42. Encore une fois, pour que la société soit protégée contre la vente d'automobiles dangereuses par des commerçants malhonnêtes, il faut que le par. 139(2) soit applicable à cette loi.

L'admissibilité des enregistrements

L'intimée a concédé que l'interception des conversations entre Stade et l'appelant a porté atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Il faut par conséquent déterminer, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, si l'utilisation des enregistrements est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La Cour d'appel dit à bon droit que les trois principales considérations qui doivent guider toute analyse de l'opportunité d'écarter des éléments de preuve sous le régime du par. 24(2) sont énoncées dans l'arrêt *Collins*, précité, aux pp. 284 à 288. Elles se résument ainsi:

1. L'utilisation de la preuve porte-t-elle atteinte à l'équité du procès?
2. Quelle est la gravité de l'atteinte à la *Charte*?
3. Quel serait l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice?

En ce qui a trait à la première question, il appert nettement que l'utilisation de la preuve n'a pas porté atteinte à l'équité du procès. Même en faisant

52

53

54

55

any stretch of the imagination be said to have been conscripted into incriminating himself in these conversations. Rather, he would in any event have sought out and spoken to Stade to solicit clients on his behalf.

un gros effort d'imagination, on ne peut dire que l'appelant a été forcé de s'incriminer dans ces conversations. Au contraire, c'est lui qui a pressenti Stade et qui lui a demandé de lui trouver des clients.

56 On the question of the gravity of the *Charter* breach, it must be remembered that it was found both at trial and in the Court of Appeal that both the police and the Law Society acted in good faith. There was no trickery or activity as an *agent provocateur* on the part of the police. Rather the appellant invited the police officer into his home and spontaneously and voluntarily discussed the fee-for-referral scheme. The conversations were intercepted some months before the decision of this Court in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, was released, at a time when the Ontario Court of Appeal had determined that such taping did not contravene the *Charter*. The police sought legal advice on the matter and acted upon that advice in recording the conversation. The police acted in conformity with what they very reasonably believed to be the law as it existed at the time. Further, the situation presented to the investigating officer was serious. Thompson, one of their officers, had been persuaded to breach the police code of professional conduct and other officers were being approached in the same manner. Finally, the appellant was not conscripted by the police to provide evidence against himself.

Quant à la question de la gravité de l'atteinte à la *Charte*, il faut se rappeler que le juge du procès comme la Cour d'appel ont conclu que la police et la Société du barreau ont toutes deux agi de bonne foi. La police ne s'est livrée à aucune tromperie ou activité d'agent provocateur. Au contraire, c'est l'appelant qui a invité l'agent de police à venir le rencontrer à son domicile et qui a spontanément et volontairement abordé la question de l'échange de services contre rémunération. Les conversations ont été interceptées quelque mois avant le prononcé de la décision de notre Cour dans l'affaire *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à une époque où la Cour d'appel de l'Ontario avait statué qu'un tel enregistrement ne contrevenait pas à la *Charte*. La police a demandé un avis juridique sur cette question et elle a agi sur la foi de cet avis en enregistrant la conversation. La police a agi conformément à ce qu'elle croyait très raisonnablement être la loi à l'époque. De plus, l'enquêteur se trouvait devant une situation grave. Thompson, l'un des officiers de la police, s'était laissé persuader de violer le code de déontologie policière, et d'autres officiers étaient ainsi pressentis à leur tour. Enfin, l'appelant n'a pas été incité par la police à fournir des preuves susceptibles de l'incriminer.

57 Indeed, in the circumstances of this case, it would have reflected adversely upon the administration of justice if the evidence had not been admitted. In passing, I would add that I am in agreement with Goodman J.A. that once it has been determined that the communication was private, the fact that the originator may have anticipated that it might be recorded is not relevant in deciding whether it should be admitted or excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

En réalité, dans les circonstances de l'espèce, l'administration de la justice aurait été déconsidérée si la preuve n'avait pas été admise. Je voudrais ajouter en passant que j'abonde dans le sens du juge Goodman, de la Cour d'appel, lorsqu'il affirme qu'une fois établi le caractère privé de la communication, le fait que l'auteur ait pu prévoir qu'elle serait enregistrée n'est pas pertinent relativement à la question de son utilisation ou de son exclusion en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Solemn Declaration

Les déclarations solennelles

58 The appellant submitted that there were no solemn declarations given "under oath" as specified in the indictment and that, accordingly, the *actus*

L'appelant a prétendu qu'aucune déclaration solennelle n'avait été donnée «sous serment», contrairement à ce qui est écrit dans l'acte d'accusa-

reus of obstructing justice had not been committed. The appellant submits that the four impugned affidavits, which were sworn by Ms. M. Matsuoka, were not in fact or in law solemn declarations because:

- (i) there was no evidence that Ms. Matsuoka asked the affiants, as required by s. 41 of the *Canada Evidence Act*, whether the facts declared were made “conscientiously believing it to be true, and knowing it is of the same force and effect as if made under oath”;
- (ii) Ms. Matsuoka was limited to taking affidavits and commissioning solemn declarations only while in the employ of Wilmer H. Reid, Q.C., and only for matters connected with his office; and
- (iii) there was no statutory requirement that solemn declarations be made in these circumstances.

The Court of Appeal did not consider this ground of appeal to have sufficient merit to warrant comment in its reasons. I agree that this ground of appeal is devoid of merit.

The appellant knowingly had the four declarants sign false statements. He referred to the statements in his letter to the Law Society as “affidavits”. He asked Ms. Matsuoka to act as the commissioner for oaths, knowing that her commission was limited so as to exclude the circumstances presented in this case. The declarations all contained a statement that they were made “conscientiously believing it to be true, and knowing that it is of the same force and effect as if made under oath”.

The appellant had full control over the signing of the declarations. He knew them to be false, and put them forward with the intent of misleading the Law Society. He knew that Ms. Matsuoka’s commission was limited. Despite all this, the appellant argues that these declarations cannot be considered

tion, et que, par conséquent, il n’y avait pas eu perpétration de l’*actus reus* d’entrave à la justice. L’appelant fait valoir que les quatre affidavits attaqués, qui ont été souscrits sous serment devant M^{me} M. Matsuoka, n’étaient pas, ni en fait ni en droit, des déclarations solennelles parce que:

- (i) il n’y avait aucune preuve que M^{me} Matsuoka ait demandé aux souscripteurs, ainsi que le prévoit l’art. 41 de la *Loi sur la preuve au Canada*, si chacun avait fait la déclaration des faits en «la croyant consciencieusement vraie et sachant qu’elle a la même force et le même effet que si elle était faite sous serment»;
- (ii) M^{me} Matsuoka ne pouvait recevoir des affidavits et des déclarations solennelles que dans le cadre de son emploi chez Wilmer H. Reid, c.r., et seulement pour des questions liées à sa fonction;
- (iii) aucune disposition législative n’exigeait que des déclarations solennelles soient faites dans ces circonstances.

La Cour d’appel n’a pas jugé que ce motif d’appel avait suffisamment d’importance pour mériter quelque commentaire dans ses motifs. Je conviens que ce motif d’appel n’est pas fondé.

L’appelant a intentionnellement demandé aux quatre déclarants de signer de fausses déclarations. Dans sa lettre à la Société du barreau, il les a présentées comme des «affidavits». Il a demandé à M^{me} Matsuoka d’agir en sa qualité de commissaire à l’assermentation, en sachant qu’elle n’était pas habilitée à le faire dans les circonstances de l’espèce. Les déclarations contenaient toutes une déclaration portant que le souscripteur avait fait la déclaration en «la croyant consciencieusement vraie et sachant qu’elle a la même force et le même effet que si elle était faite sous serment».

L’appelant avait une influence décisive sur la signature des déclarations. Il savait qu’elles étaient fausses, et il les a produites avec l’intention d’induire en erreur la Société du barreau. Il savait que le pouvoir de M^{me} Matsuoka était limité. Malgré tout cela, l’appelant prétend que ces déclarations

59

60

61

because they do not meet the formalities for statutory declarations. He is attempting to use his initial deceit of the Law Society to protect himself. This, particularly from an experienced lawyer, is completely unacceptable.

ne peuvent être prises en considération parce qu'elles ne satisfont pas aux formalités des déclarations solennelles. Il tente d'utiliser la supercherie dont il avait usé à l'endroit de la Société du barreau pour se protéger. C'est là une manœuvre complètement inacceptable, tout particulièrement de la part d'un avocat expérimenté.

62 It is not necessary to decide whether the documents tendered in the case at bar were improperly executed. It is sufficient to note that for the purposes of s. 139(2) of the *Code*, what is put forward as an affidavit or solemn declaration should ordinarily be accepted as such. The respondent has correctly observed that it is not an essential element of the offence of obstructing justice that the declarations be in fact statutory declarations. It is not part of the *actus reus* of the offence. Thus, even if the documents tendered in the case at bar were improperly executed, the offence would have still been committed, since the appellant knowingly tendered false documents which were purported to have been duly executed. This is the essence of the offence described in s. 139(2). Therefore, this ground of appeal must fail.

Il n'est pas nécessaire de déterminer si les documents produits en l'espèce n'ont pas été signés régulièrement. Il suffit de noter que pour les fins du par. 139(2) du *Code*, ce qui est présenté comme un affidavit ou une déclaration solennelle devrait ordinairement être accepté comme tel. L'intimée a fait observer avec justesse que l'infraction d'en-trave à la justice n'exige pas comme élément essentiel que les déclarations soient effectivement des déclarations solennelles. Cela ne fait pas partie de l'*actus reus* de l'infraction. Par conséquent, même si les documents produits en l'espèce n'ont pas été signés régulièrement, l'infraction a néanmoins été commise, puisque l'appellant a produit sciemment de faux documents présentés comme des documents signés régulièrement. Tel est l'élément essentiel de l'infraction prévue au par. 139(2). Par conséquent, ce moyen d'appel doit être rejeté.

Exclusion of the Statutory Declarations

L'exclusion des déclarations solennelles

63 The appellant contended that documents submitted by a lawyer to the Law Society are covered by solicitor-client privilege and consequently they cannot be forwarded to a third party in the absence of consent from either the lawyer who originally submitted them or the person who signed them. This ground of appeal was fully argued before the Court of Appeal which indicated that the issue was devoid of merit. I agree that this submission must fail.

L'appellant prétend que des documents présentés par un avocat à la Société du barreau sont assujettis au privilège du secret professionnel de l'avocat et ne peuvent donc pas être communiqués à un tiers sans le consentement de l'avocat qui les a produits à l'origine ou celui de la personne qui les a signés. Ce moyen d'appel a été amplement débattu devant la Cour d'appel, qui a indiqué qu'il n'était pas fondé. Je conviens que cet argument doit être rejeté.

64 In *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, the conditions precedent to the existence of a privilege of confidentiality were reviewed. The limits of privilege were described in the following terms at p. 873:

Dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, notre Cour a examiné les conditions d'existence du privilège de la confidentialité. Les limites du privilège ont été décrites ainsi, à la p. 873:

There are exceptions. It is not sufficient to speak to a lawyer or one of his associates for everything to become

Il y a des exceptions. Il ne suffit pas de parler à un avocat ou l'un de ses collaborateurs pour que dès lors

confidential from that point on. The communication must be made to the lawyer or his assistants in their professional capacity; the relationship must be a professional one at the exact moment of the communication. Communications made in order to facilitate the commission of a crime or fraud will not be confidential either, regardless of whether or not the lawyer is acting in good faith. [Emphasis added.]

In the case at bar, the communication was made because the Law Society was investigating the appellant's practice. The declarations were false statements which were submitted to deceive the Law Society. The appellant must have hoped and expected that the declarations would be read by all who would be involved in determining whether discipline proceedings should be instituted. They were submitted with the intention that they would be acted upon. It is difficult to imagine that solicitor-client privilege could attach to the declarations in those circumstances. Even if it were to be assumed that the solicitor-client privilege attached to the context in which the declarations were made it still remains that the documents were prepared and submitted to further the criminal purpose of obstructing justice. This, in itself, would certainly remove any privilege that might have attached to them.

Further, I find it difficult to see how the appellant can claim a constitutional remedy pursuant to s. 24(2) based upon the alleged violation of the *Charter* rights of third parties, namely the affiants. This section of the *Charter* provides a remedy only to the individual whose *Charter* rights have been violated. That is a sufficient basis for dismissing this ground of appeal. In any event there could not be any violation of the affiants' *Charter* rights. It must be remembered that the affiants executed the declarations with the specific intention of assisting the appellant with regard to the Law Society investigation. They too must have expected members of the Law Society to read and act upon their declarations. They cannot have thought that the documents would be privileged in these circumstances.

tout soit confidentiel. Il faut que la communication soit faite à l'avocat ou à ses collaborateurs en leur qualité professionnelle; la relation, au moment précis de la communication, doit être de nature professionnelle. Ne seront pas non plus confidentielles les communications faites dans le but de perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, et ce, que l'avocat soit de bonne ou mauvaise foi. [Je souligne.]

En l'espèce, la communication a eu lieu parce que la Société du barreau procédait à une enquête sur la pratique de l'appellant. Les déclarations étaient de fausses déclarations destinées à induire la Société du barreau en erreur. L'appellant devait espérer et prévoir que les déclarations seraient lues par toutes les personnes appelées à déterminer s'il y avait lieu d'engager des procédures disciplinaires. Elles ont été produites dans l'intention d'influer sur le processus décisionnel. Il est difficile de concevoir que le privilège du secret professionnel de l'avocat puisse s'appliquer à ces déclarations dans de telles circonstances. Même en supposant que le privilège du secret de l'avocat s'appliquait en raison du contexte dans lequel les communications ont été faites, il n'en demeure pas moins que les documents avaient été préparés et produits dans le but criminel d'entraver la justice. En soi, cela suffirait certainement à retrancher tout privilège qui aurait pu s'y appliquer.

En outre, il m'est difficile de voir comment l'appellant peut demander une réparation constitutionnelle en vertu du par. 24(2) en se fondant sur la prétendue violation des droits garantis par la *Charte* à des tiers, à savoir les déclarants. Cette disposition de la *Charte* ne prévoit une réparation que pour les personnes dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés. Cela suffit pour rejeter ce motif d'appel. De toute façon, il ne pouvait y avoir atteinte aux droits garantis par la *Charte* aux déclarants. Il faut se rappeler que les déclarants ont signé les déclarations avec l'intention expresse d'aider l'appellant dans le cadre de l'enquête de la Société du barreau. Eux aussi ont dû s'attendre à ce que les membres de la Société du barreau lisent leurs déclarations et prennent des décisions en conséquence. Ils ne pouvaient pas avoir pensé que ces documents seraient assujettis au privilège dans les

65

66

This ground of appeal cannot, therefore, be accepted.

Disposition

67

The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Manning & Simone, Toronto.

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

circumstances. Ce motif d'appel ne peut donc être retenu.

Dispositif

Le pourvoi est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Manning & Simone, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Dr. Martin L. Cohnstaedt *Appellant***Martin L. Cohnstaedt** *Appelant*

v.

c.

University of Regina *Respondent***Université de Regina** *Intimée*

INDEXED AS: COHNSTAEDT v. UNIVERSITY OF REGINA

RÉPERTORIÉ: COHNSTAEDT c. UNIVERSITÉ DE REGINA

File No.: 24146.

N° du greffe: 24146.

1995: October 12.

1995: 12 octobre.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Contracts — Employment — Breach of contract — Damages — Assessment — Tenured professor suing university for breach of contract — Damages to be amount of salary and benefits from termination until normal retirement, subject to obligation to mitigate.

Contrats — Emploi — Inexécution de contrat — Dommages-intérêts — Évaluation — Université poursuivie par un professeur permanent pour inexécution de contrat — Dommages-intérêts devant correspondre au montant du salaire et des avantages sociaux depuis la cessation d'emploi jusqu'à la date normale de retraite, sous réserve de l'obligation de limiter le préjudice subi.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1994), 113 D.L.R. (4th) 178, 116 Sask. R. 241, 59 W.A.C. 241, 2 C.C.E.L. (2d) 161, [1994] 5 W.W.R. 154, allowing in part a judgment of the Court of Queen's Bench (1990), 88 Sask. R. 94, 35 C.C.E.L. 186, 46 Admin. L.R. 6, assessing damages. Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1994), 113 D.L.R. (4th) 178, 116 Sask. R. 241, 59 W.A.C. 241, 2 C.C.E.L. (2d) 161, [1994] 5 W.W.R. 154, accueillant en partie un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1990), 88 Sask. R. 94, 35 C.C.E.L. 186, 46 Admin. L.R. 6, évaluant des dommages-intérêts. Pourvoi accueilli.

A. John Beke, Q.C., and James Nugent, for the appellant.

A. John Beke, c.r., et James Nugent, pour l'appelant.

Gordon J. Kuski, Q.C., and Erin M. S. Kleisinger, for the respondent.

Gordon J. Kuski, c.r., et Erin M. S. Kleisinger, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA FOREST J. — We are all of the view that the appeal should be allowed substantially for the reasons of the dissenting judge, Mr. Justice Sherstobitoff, in the Court of Appeal. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and judgment is entered in

LE JUGE LA FOREST — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi essentiellement pour les raisons données par le juge Sherstobitoff, dissident en Cour d'appel. En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et jugement est rendu en faveur

favour of the appellant in the amount of \$208,872.66, with costs throughout.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Balfour Moss, Regina.

Solicitors for the respondent: McDougall, Ready, Regina.

de l'appelant pour la somme de 208 872,66 \$, avec dépens dans toutes les cours.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Balfour Moss, Regina.

Procureurs de l'intimée: McDougall, Ready, Regina.

Workers' Compensation Board *Appellant*
(*Respondent*)

v.

Husky Oil Operations Ltd. *Respondent*
(*Applicant*)

and

Her Majesty The Queen in right of Canada, as represented by the Minister of National Revenue, Her Majesty The Queen in right of the Province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Human Resources, Labour and Employment, Her Majesty The Queen in right of the province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Finance, Bank of Montreal, Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki, Terry Sapergia, SBW—Wright Construction Inc., Campbell West (1991) Ltd., Fuller Austin Insulation Inc., United Industrial Equipment Rentals Ltd., Atco Enterprises Ltd. and Deloitte & Touche Inc., as Trustee in Bankruptcy of the Estate of Metal Fabricating & Construction Ltd. *Respondents*

and

The Attorney General for Saskatchewan *Respondent (Intervener in the Court of Appeal)*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Workers' Compensation Board of Ontario,

Workers' Compensation Board *Appelante*
(*Intimée*)

c.

Husky Oil Operations Ltd. *Intimée*
(*Requérante*)

et

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Ressources humaines, du Travail et de l'Emploi, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Finances, Banque de Montréal, Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki, Terry Sapergia, SBW—Wright Construction Inc., Campbell West (1991) Ltd., Fuller Austin Insulation Inc., United Industrial Equipment Rentals Ltd., Atco Enterprises Ltd. et Deloitte & Touche Inc., syndic de faillite de l'actif de Metal Fabricating & Construction Ltd. *Intimés*

et

Le procureur général de la Saskatchewan *Intimé (Intervenant en Cour d'appel)*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta,

**the Workers' Compensation Board of British Columbia,
the Workers' Compensation Board of Alberta and
the Yukon Workers' Compensation Health and Safety Board** *Interveners*

**la Commission des accidents du travail de l'Ontario,
la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique,
la Workers' Compensation Board de l'Alberta et
la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Yukon** *Intervenants*

INDEXED AS: HUSKY OIL OPERATIONS LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE

RÉPERTORIÉ: HUSKY OIL OPERATIONS LTD. c. MINISTRE DU REVENU NATIONAL

File No.: 23936.

N° du greffe: 23936.

1995: January 25; 1995: October 19.

1995: 25 janvier; 1995: 19 octobre.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Bankruptcy — Priorities — Set-off — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, ss. 133(1), (3) — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136.

Faillite — Ordre de priorité — Compensation — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite? — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 133(1), (3) — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 97(3), 136.

Constitutional law — Division of powers — Paramountcy — Conflict between provincial and federal law — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Prépondérance — Conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite?

Husky Oil Operations Ltd. (Husky) owed Metal Fabricating & Construction Ltd. (Metal Fab), a firm which, after being formally notified of its arrears to the Workers' Compensation Board (the Board) and after making a general assignment of its book debts to the Bank of Montreal, made an assignment in bankruptcy and ceased operations. The Board, when it learned that Metal Fab had ceased operations, looked to Husky for payment under s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*. Section 133(1) of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, permitted the Board to obtain amounts owing its Injury Fund from a principal of a

Husky Oil Operations Ltd. (Husky) était propriétaire de Metal Fabricating & Construction Ltd. (Metal Fab), une firme qui, après avoir été dûment avisée des arriérés qu'elle devait à la Workers' Compensation Board (la Commission) et après avoir fait une cession générale de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal, a fait cession de ses biens et cessé ses opérations. Lorsqu'elle a appris la cessation des opérations de Metal Fab, la Commission s'est adressée à Husky pour obtenir paiement en vertu du par. 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*. Le paragraphe 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan permettait

defaulting contractor. Husky in turn would be able to recover the amount paid on the Metal Fab's behalf by setting off that amount, pursuant to s. 133(3), from the amount it would otherwise pay Metal Fab. Husky and Metal Fab's creditors maintained that the operation of s. 133 conflicted with s. 136 of the federal *Bankruptcy Act*, which sets out the priorities of creditors on bankruptcy, in that the Board was able to obtain full payment to the detriment of the creditors who had a higher priority under the *Bankruptcy Act*. On a non-suit application made by Husky, *The Workers' Compensation Act, 1979*, was found to be inapplicable in a bankruptcy scenario and the Court of Appeal upheld this finding. The constitutional questions queried whether, in situations where the contractor is bankrupt, these provisions are constitutionally non-operational because of conflict with the *Bankruptcy Act* and whether they applied in the circumstances of this case.

Held (Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The gravamen of this appeal was the alleged conflict between s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act* which set the priorities for recovery. The question, however, was not whether the provisions in s. 133 were independently valid, but rather, whether when combined they had the effect of reordering priorities in bankruptcy. The combined effect of the statutory deemed debt and the right to set off against property of the bankrupt, when s. 133(1) is read with s. 133(3), is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136 of the *Bankruptcy Act*.

The first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. The quartet (*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers'*

à la Commission d'obtenir du commettant d'un entrepreneur fautif les montants dus à sa caisse des accidents. Husky pourrait ensuite recouvrer le montant versé pour le compte de Metal Fab en opérant compensation, conformément au par. 133(3), entre ce montant et tout montant qu'elle paierait par ailleurs à Metal Fab. Les créanciers de Husky et de Metal Fab ont soutenu que l'application de l'art. 133 était incompatible avec l'art. 136 de la *Loi sur la faillite* fédérale, qui établit l'ordre de priorité des créanciers de la faillite, du fait que la Commission pouvait se faire payer intégralement au détriment des créanciers qui occupaient un rang supérieur en vertu de la *Loi sur la faillite*. À la suite d'une demande de non-lieu présentée par Husky, il a été conclu que *The Workers' Compensation Act, 1979*, n'était pas applicable dans le contexte d'une faillite, et la Cour d'appel a confirmé cette conclusion. Les questions constitutionnelles consistaient à se demander si, dans le cas où l'entrepreneur est en faillite, ces dispositions sont inopérantes du point de vue constitutionnel pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, et si elles s'appliquaient dans les circonstances de la présente affaire.

Arrêt (les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, s'appliquent ensemble. L'article 133 était inapplicable lorsque l'entrepreneur a fait faillite.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: L'essence du présent pourvoi est le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan et l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*, qui établit l'ordre de priorité de recouvrement. Cependant, il s'agissait de déterminer non pas si ces dispositions étaient valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles avaient pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*.

Il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Le quatuor d'arrêts (*Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, *Deloitte*

Compensation Board, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24) does not stand for the sole proposition that the provinces cannot “jump the queue” but rather embodies a consistent and general philosophy as to the purposes of the federal system of bankruptcy and its relation to provincial property arrangements. The following propositions can be distilled from the quartet:

- (1) provinces cannot create priorities between creditors or change the scheme of distribution on bankruptcy under s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*;
- (2) while provincial legislation may validly affect priorities in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy has occurred s. 136(1) of the *Bankruptcy Act* determines the status and priority of the claims specifically dealt with in that section;
- (3) if the provinces could create their own priorities or affect priorities under the *Bankruptcy Act* this would invite a different scheme of distribution on bankruptcy from province to province, an unacceptable situation;
- (4) the definition of terms such as “secured creditor”, if defined under the *Bankruptcy Act*, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for the purposes of the *Bankruptcy Act*;
- (5) in determining the relationship between provincial legislation and the *Bankruptcy Act*, the form of the provincial interest created must not be allowed to triumph over its substance. The provinces are not entitled to do indirectly what they are prohibited from doing directly; and
- (6) there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy and to conflict with the order of priorities of the *Bankruptcy Act* in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the effect of provincial legislation is to do so.

The fifth and sixth propositions bear a close resemblance to the doctrine of colourability, but with two fun-

Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24) ne signifie pas uniquement qu'il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces, mais il s'en dégage plutôt une philosophie cohérente et générale quant aux objets du régime fédéral de la faillite et au lien qu'il a avec les dispositions provinciales en matière de droit des biens. Les propositions suivantes se dégagent du quatuor:

- (1) les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*;
- (2) bien qu'une loi provinciale puisse valablement modifier l'ordre de priorité dans un contexte autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le par. 136(1) de la *Loi sur la faillite* qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;
- (3) si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;
- (4) en matière de faillite, des expressions comme «créancier garanti», lorsqu'elles sont définies dans la *Loi sur la faillite*, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la *Loi sur la faillite*;
- (5) pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *Loi sur la faillite*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l'emporte sur le fond. Les provinces n'ont pas le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement; et
- (6) pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la *Loi sur la faillite*. Il suffit que la loi provinciale ait cet effet.

Les cinquième et sixième propositions ont une proche parenté avec la théorie du détournement de pouvoir,

damental differences. First, the doctrine of colourability is a concept which only applies in assessing the pith and substance of the impugned legislation whereas propositions 5 and 6 continue to apply after the validity of the impugned provincial law has been determined. None of the quartet cases was concerned with colourable provincial legislation. Second, a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere is neither necessary nor sufficient to scrutinize the applicability of provincial law. The intrusion, and not the intention to intrude, is determinative for division of powers purposes.

When ss. 133(1) and (3) operate in tandem, the contractor discharges its own liability to the Board, mediated through the legally compelled agency of the principal. This is not a scheme of joint and several liability, since the principal and the contractor are not joint co-debtors at the outset and since the Board does not have an unfettered choice as to which party to sue for recovery for outstanding fund payments. This provision, rather, is more accurately characterized as creating a form of involuntary, statutory suretyship.

While the contractor is potentially liable for two debts (the debt to the Board for the unpaid assessment and the potential debt to the principal if the principal pays the contractor's assessment) in a formal way, these in reality are one and the same as against the contractor. The contractor cannot be liable for both cumulatively. There is thus an inseparable nexus between the Board's claim against the contractor and the principal's potential claim against the contractor.

When s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the combined operation of the statutorily deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default and the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

Parliament has recognized that the "law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt" (s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*). In the bankruptcy

mais à deux différences fondamentales près. Premièrement, la théorie du détournement de pouvoir est un concept qui ne s'applique qu'en examinant le caractère véritable de la loi attaquée, alors que les cinquième et sixième propositions continuent de s'appliquer une fois établie la validité de la loi provinciale attaquée. Aucun des arrêts du quatuor ne portait sur une loi provinciale déguisée. Deuxièmement, il n'est ni nécessaire ni suffisant que le législateur ait eu l'intention d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive pour que puisse être examinée l'applicabilité d'une loi provinciale. C'est l'empiètement, et non l'intention d'empiéter, qui est déterminant aux fins du partage des pouvoirs.

Si les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble, l'entrepreneur s'acquitte de sa propre obligation envers la Commission, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi. Il ne s'agit pas d'un régime de responsabilité solidaire puisque le commettant et l'entrepreneur ne sont pas codébiteurs au départ et que la Commission n'est pas libre de choisir la partie contre qui elle intentera une action en recouvrement des montants non payés à la caisse. En réalité, il est plus exact de dire que cette disposition crée une forme de cautionnement légal involontaire.

Même si, formellement, l'entrepreneur peut éventuellement être responsable de deux dettes (celle envers la Commission au titre de la cotisation impayée et la dette potentielle envers le commettant si ce dernier paie la cotisation en question), il reste qu'il s'agit d'une seule et même dette exigible de l'entrepreneur. L'entrepreneur ne peut être responsable des deux cumulativement. Il existe donc un lien indissociable entre la réclamation de la Commission contre l'entrepreneur et la réclamation potentielle du commettant contre l'entrepreneur.

L'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de garantir la réclamation de la Commission de la Saskatchewan contre les biens de l'entrepreneur. C'est ce qui se produit lorsque l'on conjugue la dette réputée que la loi impose au commettant en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur et le droit du commettant de faire des retenues et de s'indemniser sur les sommes dues à l'entrepreneur. En conséquence, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

Le législateur fédéral a reconnu que «[I]es règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli» (par. 97(3) de la *Loi sur la*

context, the law of set-off allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. But there is an inherent limit to this deference to the provincial law of set-off. While the operation of set-off is permitted to allow for the party claiming set-off to recover from the estate ahead of the stipulated order of his claim under the *Bankruptcy Act*, it most emphatically is not permitted to allow for the operation of provincial legislation to reorder the priorities of third parties against the estate.

The operation of s. 133 has the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of any third parties against the estate. Prior to bankruptcy, the security device created by s. 133(3) and triggered by s. 133(1) is within the province's jurisdiction. However, if applicable in the event of bankruptcy, it would enter into conflict with the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Parliament has expressly indicated in s. 136(1)(h) that "all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act" is to rank eighth in the list of preferred claims and is to be distributed after the claims of secured creditors. By contrast, the combined effect of ss. 133(1) and (3) of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate ahead of its priority under the *Bankruptcy Act*. The two laws in their operation give rise to different and inconsistent orders of priority and are thereby in conflict.

Section 133(4), which states that "[a]ll questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board", also has the effect of intruding into the exclusive federal sphere of bankruptcy. If allowed to apply in bankruptcy, this provision would have the effect of empowering a creditor of the estate (here the Board) to determine unilaterally the extent of its claim against the estate. As a result, the Board would be empowered to decide the size of the estate which is to remain available for the other secured, preferred and ordinary creditors. A province cannot empower a creditor of a bankrupt to determine the extent of a bankrupt's estate which is to be available for distribution. Thus, while otherwise perfectly valid provincial law, s. 133(4) is also inapplicable in the event of bankruptcy.

faillite). Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler la totalité de la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. Cependant, il existe une limite inhérente à ce respect envers les règles provinciales de la compensation. Bien qu'on permette que la compensation autorise la partie qui l'invoque à être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, elle ne peut absolument pas être admise de façon à ce que l'application d'une loi provinciale modifie l'ordre de priorité des réclamations de tierces parties contre la faillite.

L'application de l'art. 133 a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la loi fédérale relativement aux réclamations produites par des tierces parties contre l'actif. Avant une faillite, l'instrument de garantie, créé par le par. 133(3) et déclenché par le par. 133(1), relève de la compétence de la province. Cependant, s'il était applicable en cas de faillite, il entrerait en conflit avec le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. Le législateur fédéral a expressément indiqué, à l'al. 136(1)(h), que «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail» occupent le huitième rang dans la liste des réclamations privilégiées et passent après les réclamations des créanciers garantis. Par contre, les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan ont pour effet conjugué de colloquer plus favorablement la réclamation de la Commission contre l'actif du failli qu'elle ne le serait en vertu de la *Loi sur la faillite*. Ces deux lois, dans leur application, établissent des ordres de priorité différents et incompatibles et sont de ce fait en conflit.

Le paragraphe 133(4), qui prévoit que «[l]a commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant», a aussi pour effet d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite. Si on en permettait l'application en matière de faillite, cette disposition aurait pour effet d'habiliter un créancier de l'actif (en l'espèce la Commission) à déterminer unilatéralement l'étendue de sa réclamation contre l'actif. La Commission serait alors habilitée à déterminer la taille de l'actif qui devrait servir au paiement des autres créanciers garantis, privilégiés et ordinaires. Une province ne saurait permettre à un créancier d'un failli de déterminer la taille de l'actif d'un failli qui doit servir au partage. En conséquence, bien qu'il constitue une disposition législative provinciale par ailleurs parfaitement valide, le par. 133(4) est également inapplicable en cas de faillite.

Section 133 is inapplicable, rather than inoperable, in bankruptcy for intruding into an exclusive federal sphere because bankruptcy is an exclusive federal domain within which provincial legislation does not apply, as distinguished from areas of joint or overlapping jurisdiction where federal legislation will prevail, rendering provincial legislation inoperable to the extent of any conflict. As bankruptcy is carved out from the domain of property and civil rights of which it is conceptually a part, valid provincial legislation of general application continues to apply in bankruptcy until Parliament legislates pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to bankruptcy and insolvency. At that point, provincial legislation which conflicts with federal law must yield to the extent of the conflict and it becomes inapplicable to that extent. Consistent with the presumption of constitutionality — that the enacting body is presumed to have intended to enact provisions which do not transgress the limits of its constitutional powers — the provincial law should be interpreted so as not to apply to the matter that is outside the jurisdiction of the enacting body.

Where federal and provincial legislation potentially conflict, it must be first determined whether the laws are respectively valid federal or provincial legislation. If so, the actual operation of the laws must be examined to determine whether they are in operational conflict, and if so, the federal legislation prevails and the provincial legislation is without effect to the extent of this conflict. If the operational conflict is in a field of exclusive federal jurisdiction, the provincial legislation will be inapplicable as being *ultra vires* to that extent. If the conflict is in an area of concurrent or overlapping jurisdictions, the provincial legislation will remain *intra vires* but be inoperative. To the extent that there is operational conflict, there is no room for an incidental or ancillary effect of provincial legislation. If, on the other hand, there is no operational conflict, then both laws continue to operate and both continue to have effect to the extent that operational conflict does not arise. Short of operational conflict, provincial law may validly have an effect on bankruptcy. A clear operational conflict existed here in that ss. 133(1) and (3) in their operation together entailed a reordering or subverting of the federal order of priorities under the *Bankruptcy Act*. Such an intrusion

L'article 133 est inapplicable, plutôt qu'inopérant, en matière de faillite parce qu'il empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive et du fait que la faillite est un domaine de compétence fédérale exclusive à l'intérieur duquel les lois provinciales ne s'appliquent pas, ce qui est différent des domaines où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, auquel cas la loi fédérale l'emporte et rend la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit. Puisque le domaine de la faillite est dégagé de celui de la propriété et des droits civils dont il relève au niveau conceptuel, une loi provinciale valide d'application générale continue de s'appliquer en matière de faillite jusqu'à ce que le législateur fédéral légifère conformément à sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité. À ce moment, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure où il y a conflit entre les deux et devient inapplicable dans cette mesure. Conformément à la présomption de constitutionnalité — l'autorité législative étant présumée avoir eu l'intention d'adopter des dispositions à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle — la loi provinciale doit être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à la matière qui ne relève pas de la compétence de l'autorité qui l'a adoptée.

En cas de possibilité de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale, il faut d'abord décider s'il s'agit de lois fédérale et provinciale valides. Dans l'affirmative, il faut examiner leur application concrète pour déterminer s'il existe une incompatibilité d'application entre les deux, auquel cas la loi fédérale l'emporte et la loi provinciale est sans effet dans la mesure du conflit. S'il existe une incompatibilité d'application dans un domaine de compétence fédérale exclusive, la loi provinciale sera inapplicable comme étant inconstitutionnelle dans cette mesure. Si le conflit se situe dans un domaine où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, la loi provinciale demeurera constitutionnelle, mais sera inopérante. Dans la mesure où il y a incompatibilité d'application, une loi provinciale ne peut avoir un effet incident ou accessoire. Par contre, s'il n'y a pas d'incompatibilité d'application, alors les deux lois continuent de s'appliquer et d'avoir effet dans la mesure où aucune incompatibilité d'application ne surgit. À moins d'une incompatibilité d'application, une loi provinciale peut valablement avoir une incidence sur la faillite. Il existe, en l'espèce, une incompatibilité d'application manifeste vu que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* fédérale, ou d'y contrevenir. Un tel empiètement sur un domaine de compétence fédérale exclusive constitue

into an exclusive federal sphere necessarily goes far beyond an incidental and ancillary effect.

Since as outlined s. 133 has no application in the event of bankruptcy, a number of threshold factual questions need not be addressed.

Per Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. (dissenting): Sections 133(1) and (3) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, are severable and should be considered separately. Both are valid even where the contractor is or becomes bankrupt.

The doctrine of paramountcy, which arises where there is clear operational conflict between valid federal and provincial legislation, requires that the provincial legislation be declared inoperative to the extent of the conflict. Conflict for purposes of paramountcy analysis is found when compliance with the enactment of one level of government entails defiance with that of the other. Courts in applying the paramountcy doctrine should be restrained and look for co-existence rather than conflict.

A review of the legislative history and purpose of workers' compensation statutes did not give any indication that s. 133 was enacted for the purpose of improving the ranking of the Board in a bankruptcy.

The quartet of cases dealing with the paramountcy of the *Bankruptcy Act* over provincial enactments which directly interfered with the scheme of priorities established by s. 136 of the Act (*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24) should be given a narrow interpretation. The quartet stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative. The broader approach, which would find a province to be improperly attempting to alter the priorities of distribution any time provincial law affected the final result of a bankruptcy, would produce unacceptable results because it risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*.

nécessairement bien plus qu'un effet incident et accessoire.

Puisque, tel qu'exposé, l'art. 133 ne s'applique pas en matière de faillite, il n'est pas nécessaire de répondre à un certain nombre de questions de fait préliminaires.

Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major (dissidents): Les paragraphes 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, sont dissociables et devraient être examinés séparément. Les deux sont valides même dans le cas où l'entrepreneur est ou devient failli.

La règle de la prépondérance, qui s'applique lorsqu'il y a clairement un conflit d'application entre une loi fédérale et une loi provinciale, toutes deux valides, exige que la loi provinciale soit déclarée inopérante dans la mesure du conflit. Pour les fins de l'analyse de la prépondérance, il y a un conflit lorsque l'observance d'une loi d'un palier de gouvernement entraîne l'inobservance de celle de l'autre palier de gouvernement. En appliquant la règle de la prépondérance, les tribunaux devraient faire preuve de retenue et chercher la coexistence plutôt que des conflits.

Un examen de l'historique et de l'objet des lois sur l'indemnisation des accidents du travail n'a donné aucune raison de croire que l'art. 133 a été adopté dans le but d'améliorer le rang de la Commission dans une faillite.

Le quatuor d'arrêts portant sur la prépondérance de la *Loi sur la faillite* sur des lois provinciales qui modifiaient directement l'ordre de priorité établi à l'art. 136 de la *Loi (Sous-ministre du Revenu c. Rainville)*, [1980] 1 R.C.S. 35, *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24) devrait recevoir une interprétation restrictive. Le quatuor d'arrêts étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d'une réclamation contre l'actif réel du failli par rapport à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. L'interprétation large, selon laquelle une province se trouverait à tenter irrégulièrement de modifier l'ordre de priorité en matière de partage chaque fois qu'une loi provinciale touche l'issue d'une faillite, produirait des résultats inacceptables puisqu'elle risque d'annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l'application de la *Loi sur la faillite*.

Provincial law plays a critical role in defining both the number and type of participants in the bankruptcy process and the size of the bankrupt's estate. A bankruptcy priority is a category and its precise content can and does vary to some extent from one province to the next. Because the federal legislation already contemplates that provincial law will impact upon the bankruptcy process, the respondents must do more than simply show that s. 133 has an effect on a particular bankruptcy. They must demonstrate that s. 133 actually reorders the federally established priority scheme with regard to the property of the bankrupt by directly creating interests in that property.

Section 133(1) has nothing to do with the property of the bankrupt. It creates a strict *in personam* obligation from the principal owing to the Board. The property of the principal is in no way subject to the *Bankruptcy Act*. The bankrupt is not even involved. The provision simply creates a third-party guarantee by the principal that the contractor will pay its debts to the board. Section 133(1) only alters the Board's recovery by permitting it to recover from a non-bankrupt third-party. No direct conflict within the meaning of the quartet or of paramountcy doctrine more generally exists between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*. Nothing in the *Bankruptcy Act* precludes any creditor, even if specifically mentioned in s. 136, from pursuing its remedies against a third-party as well as or instead of proving a claim in bankruptcy. Section 133(1) does not involve property that is related to or part of the estate of the bankrupt and it is consequently not in operational conflict with the bankruptcy scheme. Section 136 encompasses a claim against the property of the bankrupt. The Board claim under s. 133(1) targets a solvent principal. The two provisions are co-extensive and complementary, not mutually exclusive.

Section 133(3) engages a more direct interference with the bankruptcy scheme than subs. (1) because, since it is the actual property of the bankrupt that is involved in the restitutionary claim launched by the principal, it constitutes the only linkage between the property of the principal and the estate of the bankrupt contractor.

Section 133(3) is merely declaratory of two different remedies existing at equity, set-off and indemnification. Set-off is the more intrusive of the two since it permits the principal to stand first in the priority scheme by taking away the property of the bankrupt before it enters the estate. A claim for indemnification would have only

Les lois provinciales jouent un rôle crucial dans la détermination tant du nombre que du type de participants au processus de faillite et de la taille de l'actif du failli. Une priorité de rang en matière de faillite est une catégorie et son contenu précis peut varier jusqu'à un certain point d'une province à l'autre, et c'est effectivement le cas. Parce que la loi fédérale prévoit déjà que les lois provinciales auront une incidence sur le processus de faillite, les intimés doivent faire plus que simplement établir que l'art. 133 a une incidence sur une faillite particulière. Ils doivent démontrer que l'art. 133 modifie en fait l'ordre de priorité fédéral applicable aux biens du failli, en créant directement des droits sur ces biens.

Le paragraphe 133(1) n'a rien à voir avec les biens du failli. Il assujettit le commettant à une obligation personnelle stricte envers la Commission. Les biens du commettant ne sont aucunement assujettis à la *Loi sur la faillite*. Le failli n'est même pas en cause. Cette disposition crée simplement une garantie, de la part d'un tiers, le commettant, que l'entrepreneur paiera ses dettes à la Commission. Le paragraphe 133(1) ne modifie le recouvrement par la Commission qu'en lui permettant de s'adresser à un tiers non failli. Il n'existe pas de conflit direct, au sens du quatuor d'arrêts ou plus généralement de la règle de la prépondérance, entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*. Rien dans la *Loi sur la faillite* n'empêche un créancier, même expressément mentionné à l'art. 136, de s'adresser à un tiers pour obtenir réparation ou de faire la preuve d'une réclamation en matière de faillite, ou encore les deux à la fois. Le paragraphe 133(1) ne touche pas les biens qui ont un rapport avec l'actif du failli ou qui en font partie, et il ne présente donc aucune incompatibilité d'application avec le régime de faillite. L'article 136 vise une réclamation contre les biens du failli. La réclamation de la Commission, fondée sur le par. 133(1), vise un commettant solvable. Les deux dispositions coïncident et se complètent, et ne s'excluent pas mutuellement.

Le paragraphe 133(3) enclenche une ingérence plus directe dans le régime de faillite que le par. (1) du fait que, puisque c'est l'actif réel du failli qui est en cause dans la demande de restitution présentée par le commettant, il constitue le seul lien entre les biens du commettant et le patrimoine de l'entrepreneur failli.

Le paragraphe 133(3) ne fait que déclarer deux réparations différentes qui existent en *equity*: la compensation et l'indemnisation. La compensation est la plus envahissante des deux puisqu'elle permet au commettant d'occuper le premier rang dans l'ordre de priorité, en enlevant au failli des biens avant qu'ils ne fassent

an ancillary effect on the bankrupt's estate since it only permits the principal to join the ranks of the unsecured creditors. Neither remedy is invalid as s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*, which provides that the law of set-off is to persist in bankruptcy, reconciles the priority scheme of the Act with the common law of set-off (and implicitly, of indemnification), and the claims embodied in s. 133(3) are merely reflective of those common law causes of action. Absent s. 133(3), such a claim would exist according to the law of restitution or the law of contract. In terms of restitution, it is settled that a person may claim for recoupment or reimbursement of monies expended by that person under compulsion of law if the effect of such a payment is to discharge the liability of another.

Set-off, independent of s. 133(3), also arises from the contractual relationship. The contracts oblige the contractor to "comply with all laws" and indemnify the principal from any expense arising from the "negligent performance, purported performance or non-performance of the contract" by the contractors.

The fact that the property of the bankrupt has been assigned to the Bank and, thus, that the debt is no longer technically owed to Metal Fab but to the Bank of Montreal, does not militate against a finding that the law of set-off applies. Equitable set-off (unlike legal set-off) can operate within the context of an assignment. The only pre-requisite to set-off against the assignee is that the claim against the assignee is to arise out of the same contract or series of events which gave rise to the original claim or be closely connected with that contract or series of events.

Although s. 133 renders the principal and the contractor jointly and severally liable to the Board, as between the principal and contractor, the primary liability lies with the contractor and, consequently, the solicitation of contribution for payments made on behalf of that contractor by the principal is consonant with commercial fairness.

Section 133(1) is still fully applicable in cases where there is either no indebtedness between the principal and the contractor or insufficient indebtedness to cover the full liability involved. To this end, not only does s. 133(1) operate in isolation of the bankruptcy, it also operates independently from s. 133(3). Subsection (1) is

partie de son actif. Une demande d'indemnisation n'aurait qu'une incidence accessoire sur l'actif du failli puisqu'elle ne permet au commettant que de joindre les rangs des créanciers non garantis. Ni l'une ni l'autre de ces réparations n'est invalide étant donné que le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, qui prévoit que les règles de la compensation continuent de s'appliquer en matière de faillite, concilie l'ordre de priorité établi par la Loi et les règles de compensation (et, implicitement d'indemnisation) reconnues en common law, et que les réclamations visées au par. 133(3) reflètent simplement ces causes d'action reconnues en common law. En l'absence du par. 133(3), une telle réclamation existerait en vertu du droit en matière de restitution ou du droit des contrats. En ce qui concerne la restitution, il est bien établi qu'une personne peut réclamer le recouvrement ou le remboursement de sommes dépensées sous contrainte légale si l'effet de ce paiement est de dégager une autre personne de toute responsabilité.

La compensation, indépendamment du par. 133(3), découle aussi du lien contractuel. Les contrats obligent l'entrepreneur à «se conformer à toutes les lois» et à indemniser le commettant de toute dépense résultant «de l'exécution négligente, de la prétendue exécution ou de l'inexécution du contrat» par les entrepreneurs.

Le fait que les biens du failli aient été cédés à la Banque et, par conséquent, que la dette ne soit plus techniquement envers Metal Fab, mais envers la Banque de Montréal, ne justifie pas de ne pas conclure à l'application des règles de la compensation. La compensation en *equity* (contrairement à la compensation en common law) peut s'appliquer dans le contexte d'une cession. La seule condition préalable pour qu'il y ait compensation opposable au cessionnaire est que la réclamation contre celui-ci découle du même contrat ou de la même série d'événements à l'origine de la réclamation initiale, ou qu'elle leur soit étroitement reliée.

Bien que l'art. 133 rende le commettant et l'entrepreneur solidairement responsables envers la Commission, en ce qui les concerne, c'est l'entrepreneur qui est principalement responsable et, par conséquent, la demande de cotisation pour les paiements que le commettant a effectués pour le compte de cet entrepreneur est compatible avec l'équité commerciale.

Le paragraphe 133(1) est pleinement applicable dans le cas où soit qu'il n'y aura pas de dette entre le commettant et l'entrepreneur, soit que la dette sera insuffisante pour couvrir le plein montant de la responsabilité en cause. À cette fin, non seulement le par. 133(1) s'applique-t-il indépendamment de la faillite, mais encore il

the key feature of s. 133 as a whole. It aims at preserving the integrity of the Injury Fund. Section 133(3) is clearly secondary in this regard and s. 133(1) accordingly was not intended to operate solely in conjunction with s. 133(3). While s. 133(3) and the equitable rights it codifies might not be able to operate independently from s. 133(1), s. 133(1) can operate independently from s. 133(3).

Cases Cited

By Gonthier J.

Considered: *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; **disapproved:** *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742; **referred to:** *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, aff'g [1926] S.C.R. 218; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884; *Re Melton; Milk v. Towers*, [1918] 1 Ch. 37; *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294; *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Fredericton Co-operative Ltd. v. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154; *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 175; *Stein v. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961; *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.*; *Miller v. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54; *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

By Iacobucci J. (dissenting)

Deputy Minister of Revenue v. Rainville, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)*

s'applique indépendamment du par. 133(3). Le paragraphe (1) est l'élément clé de l'art. 133. Il vise à préserver l'intégrité de la caisse des accidents. Le paragraphe 133(3) joue nettement un rôle secondaire à cet égard, et le par. 133(1) n'était donc pas destiné qu'à s'appliquer conjointement avec le par. 133(3). Bien qu'il se puisse que le par. 133(3) et les droits d'*equity* qu'il codifie ne soient pas applicables indépendamment du par. 133(1), le par. 133(1) peut, quant à lui, s'appliquer indépendamment du par. 133(3).

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts examinés: *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; **arrêt critiqué:** *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742; **arrêts mentionnés:** *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, conf. [1926] R.C.S. 218; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia c. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Madden c. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884; *Re Melton; Milk c. Towers*, [1918] 1 Ch. 37; *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294; *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Fredericton Co-operative Ltd. c. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154; *Atlantic Acceptance Corp. c. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 175; *Stein c. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961; *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.*; *Miller c. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54; *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

Sous-ministre du Revenu c. Rainville, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100

(1993), 100 D.L.R. (4th) 742, rev'g *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712; *Serdula Construction Management Inc. v. Workers' Compensation Board*, Q.B. (Regina), Q.B.M. 126/91 (April 12, 1991); *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, aff'g [1926] S.C.R. 218; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Medwid v. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, aff'd [1989] 1 S.C.R. 992; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176; *TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 S.C.R. 753; *Ecarnot (Trustee of) v. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207; *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] S.C.R. 487; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665; *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193; *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Moule v. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101; *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Government of Newfoundland v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199; *Hanak v. Green*, [1958] 2 All E.R. 141; *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14; *Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066, aff'd [1979] A.C. 757; *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 2, 17(1), 67, 72(1), 95, 97(3), 136, 141, 148, 158(a), 198(a).
Constitution Act, 1867, ss. 91(21), 92(13).
Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, ss. 133(1), (3), (4).
Workers' Compensation Amendment Act, 1993, S.S. 1993, c. 63, s. 40.

D.L.R. (4th) 742, inf. *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712; *Serdula Construction Management Inc. c. Workers' Compensation Board*, B.R. Sask. (Regina), Q.B.M. 126/91 (12 avril 1991); *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, conf. [1926] R.C.S. 218; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Medwid c. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, conf. par [1989] 1 R.C.S. 992; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176; *TransGas Ltd. c. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 R.C.S. 753; *Ecarnot (Trustee of) c. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207; *John M. M. Troup Ltd. c. Royal Bank of Canada*, [1962] R.C.S. 487; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665; *MacDonald c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193; *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Moule c. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101; *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. c. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Government of Newfoundland c. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199; *Hanak c. Green*, [1958] 2 All E.R. 141; *Coba Industries Ltd. c. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14; *Federal Commerce and Navigation Ltd. c. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066, conf. par [1979] A.C. 757; *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 201; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21), 92(13).
Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 2, 17(1), 67, 72(1), 95, 97(3), 136, 141, 148, 158(a), 198(a).
Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 133(1), (3), (4).
Workers' Compensation Amendment Act, 1993, S.S. 1993, ch. 63, art. 40.

Authors Cited

- Abel, Albert S. "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.
- Dadson, Aleck. "Comment" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 755.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Duncan, Lewis and John D. Honsberger. *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed. Toronto: Canadian Legal Authors Ltd., 1961.
- Edinger, Elizabeth. "Comment" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 203.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1993.
- Judge, John A. M. and Margaret E. Grottenthaler. "Legal and Equitable Set-Offs" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 91.
- Lacy, Philip T. "Setoff and the Principle of Creditor Equality" (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951.
- Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
- McCoid, John C. "Setoff: Why Bankruptcy Priority?" (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15.
- Palmer, Kelly Ross. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- Roman, Andrew J. and M. Jasmine Sweatman. "The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Wood, Philip R. *English and International Set-Off*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Ziegel, Jacob S. "Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 44.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1993), 116 Sask. R. 46, 108 D.L.R. (4th) 681, 11 C.L.R. (2d) 1, 22 C.B.R. (3d) 153, [1994] 1 W.W.R. 629, dismissing an appeal from a judgment of Wedge J. (1992), 104 Sask. R.

Doctrine citée

- Abel, Albert S. «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.
- Dadson, Aleck. «Commentaire» (1986), 64 *R. du B. can.* 755.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Duncan, Lewis and John D. Honsberger. *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed. Toronto: Canadian Legal Authors Ltd., 1961.
- Edinger, Elizabeth. «Commentaire» (1985), 63 *R. du B. can.* 203.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1993.
- Judge, John A. M. and Margaret E. Grottenthaler. «Legal and Equitable Set-Offs» (1991), 70 *R. du B. can.* 91.
- Lacy, Philip T. «Setoff and the Principle of Creditor Equality» (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951.
- Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
- McCoid, John C. «Setoff: Why Bankruptcy Priority?» (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15.
- Palmer, Kelly Ross. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- Roman, Andrew J. and M. Jasmine Sweatman. «The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over» (1992), 71 *R. du B. can.* 77.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Wood, Philip R. *English and International Set-Off*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Ziegel, Jacob S. «Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman» (1993), 72 *R. du B. can.* 44.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1993), 116 Sask. R. 46, 108 D.L.R. (4th) 681, 11 C.L.R. (2d) 1, 22 C.B.R. (3d) 153, [1994] 1 W.W.R. 629, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Wedge (1992), 104

225, 96 D.L.R. (4th) 495, 3 C.L.R. (2d) 194, 16 C.B.R. (3d) 290. Appeal dismissed, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. dissenting. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

Robert G. Richards and Evan L. Bennett, for the appellant.

James S. Ehmann and Paul J. Harasen, for the respondent Husky Oil Operations Ltd.

Edward R. Sojonky, Q.C., and Gordon Berscheid, for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada.

Thomson Irvine, for the respondent the Attorney General for Saskatchewan.

Brian J. Scherman, for the respondent Bank of Montreal.

Hart Schwartz, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Cedric L. Haines, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

R. Richard M. Butler, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submission only by *Nolan D. Steed* for the intervener the Attorney General for Alberta.

Written submission only by *Elizabeth Kosmidis* for the intervener the Workers' Compensation Board of Ontario.

Written submission only by *Gerald W. Massing* for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia.

Written submission only by *Douglas R. Mah* for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta.

Sask. R. 225, 96 D.L.R. (4th) 495, 3 C.L.R. (2d) 194, 16 C.B.R. (3d) 290. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major sont dissidents. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, s'appliquent ensemble. L'article 133 était inapplicable lorsque l'entrepreneur a fait faillite.

Robert G. Richards et Evan L. Bennett, pour l'appelante.

James S. Ehmann et Paul J. Harasen, pour l'intimée Husky Oil Operations Ltd.

Edward R. Sojonky, c.r., et Gordon Berscheid, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Thomson Irvine, pour l'intimé le procureur général de la Saskatchewan.

Brian J. Scherman, pour l'intimée la Banque de Montréal.

Hart Schwartz, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Cedric L. Haines, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

R. Richard M. Butler, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Nolan D. Steed*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Elizabeth Kosmidis*, pour l'intervenante la Commission des accidents du travail de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Gerald W. Massing*, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Douglas R. Mah*, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta.

Written submission only by *Bruce L. Willis, Q.C.*, for the intervener the Workers' Compensation Health and Safety Board of Yukon.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin J.J. was delivered by

GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons of my colleague Justice Iacobucci. I respectfully disagree with his conclusion that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is applicable in bankruptcy, and that provincial legislation can, through the operation of set-off in this manner, effectively reorder the priorities otherwise provided in the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3.

In my opinion, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off against property of the bankrupt in s. 133(3) is to secure the Workers' Compensation Board's (the Board) claim against the estate of the bankrupt. When ss. 133(1) and (3) operate in tandem as intended by the Legislature, the effect is that the Board's claim is satisfied with property of the bankrupt in the form of the monies withheld by the principal. The principal becomes nothing more than a conduit for transferring to the Board monies which form property of the bankrupt's estate. The end result is that the bankrupt's estate is diminished to the extent of the contractor's liability to the Board, and the Board is correspondingly enriched by an identical amount, thereby recovering its claim in full. On the other hand, the principal's estate or patrimony remains entirely unaffected. The Board's claim is thus secured against the bankrupt's estate, mediated through the legally compelled agency of the principal. In this way, the Board recovers against the estate ahead of the priority mandated by Parliament in s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*, creating an operational conflict.

Recourse to s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*, which incorporates by reference the provincial law of set-off, does not provide much assistance to the Board in this case. It is true that set-off itself may

Argumentation écrite seulement par *Bruce L. Willis, c.r.*, pour l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Yukon.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE GONTHIER — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci. En toute déférence, je ne souscris pas à sa conclusion que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est applicable en matière de faillite, et que la loi provinciale peut, par une telle application de la compensation, effectivement modifier l'ordre de priorité par ailleurs prévu dans la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3.

À mon avis, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation sur les biens du failli, prévue au par. 133(3), ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Workers' Compensation Board (la Commission) contre l'actif du failli. Lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble comme l'a voulu le législateur, la réclamation de la Commission est alors réglée sur les biens du failli, grâce aux sommes retenues par le commettant. Ce dernier ne devient rien de plus qu'un intermédiaire qui transfère à la Commission des sommes qui font partie des biens de l'actif du failli. L'actif du failli se trouve alors diminué de la somme que l'entrepreneur doit à la Commission, et la Commission se trouve enrichie d'un montant identique et recouvre ainsi en totalité le montant qu'elle réclame. Par contre, l'actif ou le patrimoine du commettant demeure intact. La réclamation de la Commission est donc garantie sur l'actif du failli, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi. Cette réclamation se trouve donc colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité prescrit par le législateur à l'al. 136(1)h) de la *Loi sur la faillite*, d'où une incompatibilité d'application.

Un recours au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, qui incorpore par renvoi les règles provinciales de la compensation, n'est pas vraiment utile à la Commission en l'espèce. Il est vrai que la compen-

1

2

3

give rise to a reordering of priorities in bankruptcy in the limited sense that the party claiming set-off will secure his or her claim against the estate rather than recover under the priority otherwise provided by the *Bankruptcy Act*. This much is acknowledged by Parliament in enacting s. 97(3). However, the real question is the extent to which Parliament has deferred to the relevant provincial law. Here, Parliament has deferred to the extent of allowing the party claiming set-off to recover exceptionally ahead of his priority. But Parliament has not deferred to the extent of allowing third parties the same benefit as a result of the operation of provincial legislation. Set-off, in other words, is simply a defence to the payment of a debt, not a basis for validating statutory security devices which have the effect of securing the claims of third parties against the estate ahead of the priority stipulated by Parliament. The question is thus not whether the province has created a proprietary interest, but rather, it is whether that interest can have the effect of defeating the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Here, s. 133 not only gives a priority to the principal claiming set-off, which is permissible under s. 97(3), it also has the effect of securing the Board's claim against the estate, which most assuredly is impermissible. As a result, if s. 133 were applicable in bankruptcy, it would enter into conflict with the order of priorities required by the *Bankruptcy Act*. Consistent with the presumption of constitutionality, it is my opinion that s. 133 should be read down to the extent of the conflict; that is, s. 133 is inapplicable in bankruptcy. I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

I. Background Facts, Relevant Legislation and the Courts Below

4 Since my colleague Iacobucci J. has helpfully summarized the relevant factual and legislative

sation peut donner lieu à un changement d'ordre de priorité en matière de faillite, en ce sens restreint que la partie qui invoque la compensation garantit sa réclamation contre l'actif au lieu de la recouvrer suivant l'ordre de priorité par ailleurs prévu par la *Loi sur la faillite*. C'est précisément ce qu'a reconnu le législateur fédéral lorsqu'il a adopté le par. 97(3). Cependant, la véritable question est de savoir jusqu'à quel point le législateur fédéral s'en est remis à la loi provinciale pertinente. En l'espèce, il est allé jusqu'à permettre à la partie qui invoque la compensation d'être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait normalement. Cependant, le législateur fédéral n'a pas voulu aller jusqu'à accorder à une tierce partie le même avantage par application d'une loi provinciale. En d'autres termes, la compensation n'est qu'un moyen de défense opposable au paiement d'une créance; elle n'est pas un moyen de valider des instruments de garantie créés par la loi, qui font en sorte que les réclamations ainsi garanties de tierces parties contre l'actif se trouvent alors colloquées plus favorablement qu'elles ne le seraient suivant l'ordre de priorité établi par le législateur fédéral. C'est pourquoi il s'agit de savoir non pas si la province a créé un droit de propriété, mais plutôt si ce droit peut avoir pour effet de contrecarrer le plan de répartition établi dans la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, non seulement l'art. 133 accorde-t-il la priorité au commettant qui invoque la compensation, ce que permet le par. 97(3), mais encore il a pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif, ce qui est très certainement inacceptable. En conséquence, si l'art. 133 était applicable en matière de faillite, il entrerait en conflit avec l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite*. Conformément à la présomption de constitutionnalité, je suis d'avis que l'art. 133 devrait recevoir une interprétation atténuée dans la mesure du conflit, c'est-à-dire que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

I. Les faits, les textes législatifs pertinents et les juridictions inférieures

Puisque mon collègue le juge Iacobucci a résumé utilement les contextes factuels et législa-

background together with the judgments of the courts below, I need not repeat that discussion. However, for reasons that will become apparent, it is important to reproduce the impugned provision, s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, in its entirety:

133. — (1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board.

(2) The board shall have the same powers and be entitled to the same remedies for enforcing payment under subsection (1) that it possesses in respect of an assessment under this Act.

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

(4) All questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board.

II. Issues on Appeal

The constitutional questions raised by this appeal were stated by the Chief Justice on September 14, 1994 as follows:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

tifs pertinents ainsi que les jugements des tribunaux d'instance inférieure, je n'ai pas à les reprendre. Cependant, pour des motifs que l'on comprendra, il est important de reproduire intégralement la disposition contestée, l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan:

[TRADUCTION] 133. — (1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission.

(2) La commission possède les mêmes pouvoirs et a droit aux mêmes recours pour l'exécution du paiement visé au paragraphe (1) que ceux dont elle dispose relativement à une cotisation en vertu de la Loi.

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

(4) La commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant.

II. Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 14 septembre 1994:

1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?

2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

6

I agree with my colleague Iacobucci J. that the parties before this Court focused their arguments on the alleged conflict between s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Certainly, that is the gravamen of this appeal. However, I respectfully disagree with Iacobucci J.'s restatement of the issues in the constitutional questions posed by the Chief Justice. Iacobucci J.'s reasons adopt the appellant's reformulation of the issues and examine the constitutional validity of ss. 133(1) and (3) separately. As will become apparent, in my view this manner of proceeding obscures the response to the constitutional questions. The question is not whether these provisions are independently valid, but rather, it is whether when combined they have the effect of reordering priorities in bankruptcy. When s. 133(1) is read together with s. 133(3), it is clear that the combined effect of the statutory deemed debt and the right to set-off against property of the bankrupt is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*.

III. Analysis

A. *The Purposes of Federal Bankruptcy Legislation*

7

At the outset, it is useful to remember that our bankruptcy system serves two distinct goals. The first is to ensure the equitable distribution of a bankrupt debtor's assets among the estate's creditors *inter se*. As one commentator has noted (Aleck Dadson, "Comment" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 755, at p. 755):

Bankruptcy serves this goal by replacing a regime of individual action with a regime of collective action. While the pre-bankruptcy regime of individual action

2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

Je conviens avec mon collègue le juge Iacobucci que les arguments des parties qui ont comparu devant nous ont surtout porté sur le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan et l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Certes, il s'agit là de l'essence du présent pourvoi. En toute déférence, cependant, je ne suis pas d'accord avec sa reformulation des questions constitutionnelles posées par le Juge en chef. Dans ses motifs, le juge Iacobucci adopte la reformulation des questions faite par l'appelante et examine séparément la constitutionnalité des par. 133(1) et (3). Comme on le verra, cette façon de procéder dissimule, à mon avis, l'enjeu véritable des questions constitutionnelles. Il s'agit de déterminer non pas si ces dispositions sont valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles ont pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), il est évident que la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*.

III. Analyse

A. *Les objets de la loi fédérale sur la faillite*

Il est tout d'abord utile de se rappeler que notre régime de faillite a deux objectifs distincts. Le premier est d'assurer un partage équitable des biens du débiteur failli entre les créanciers de l'actif. Comme l'a fait remarquer un commentateur (Aleck Dadson, «Commentaire» (1986), 64 *R. du B. can.* 755, à la p. 755):

[TRADUCTION] Une faillite permet d'atteindre ce but en remplaçant un régime d'action individuelle par un régime d'action collective. Alors que le régime d'action

allows creditors to pursue their separate and competing claims to the debtor's assets, bankruptcy's regime of collective action sorts out those diverse claims and deals with the debtor's assets in a way which brings benefits to creditors as a group (reduced costs, increased recovery)

The collectivization of insolvency proceedings can only be achieved by denying to creditors the use of pre-bankruptcy remedies.

See also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 25-3. The second goal of the bankruptcy system is the financial rehabilitation of insolvent individuals (Dadson, *supra*, at p. 755). This goal is furthered through the opportunity for an insolvent individual's discharge from outstanding debts.

It has long been accepted that the first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. In the seminal case of *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, affirming [1926] S.C.R. 218, Viscount Cave L.C. confirmed that the exclusive federal power over bankruptcy and insolvency in s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867* enables Parliament to provide for the ranking of creditors in bankruptcy. He observed at p. 197:

In *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, 200, Lord Herschell observed that a system of bankruptcy legislation might frequently require various ancillary provisions for the purpose of preventing the scheme of the Act from being defeated, and added: "It may be necessary for this purpose to deal with the effect of executions and other matters which would otherwise be within the legislative competence of the Provincial Legislature. Their Lordships do not doubt that it would be open to the Dominion Parliament to deal with such matters as part of a bankruptcy law, and the Provincial Legislature would doubtless be then precluded from interfering with this legislation inasmuch as such interference would affect the bankruptcy law of the Dominion Parliament." Taking these observations as affording assistance in the construction of s. 91, head 21, of the Act of 1867, their Lordships are of the opinion that the exclusive authority thereby given to the

individuelle antérieur à la faillite permet aux créanciers de demander paiement de leurs réclamations distinctes et concurrentes sur les biens du débiteur; le régime d'action collective instauré par la faillite classe ces diverses réclamations et traite l'actif du débiteur d'une façon qui confère des avantages aux créanciers en tant que groupe (réduction des coûts, recouvrement plus important) . . .

Ce n'est qu'en privant les créanciers du recours aux redressements antérieurs à la faillite qu'on arrive à collectiviser les procédures en matière d'insolvabilité.

Voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 1, à la p. 25-3. Le deuxième objectif du régime de faillite est la réhabilitation financière de la personne insolvable (Dadson, *loc. cit.*, à la p. 755). On en favorise la réalisation en permettant à la personne insolvable de se libérer de ses dettes.

On reconnaît depuis longtemps qu'il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Dans l'arrêt de principe *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, confirmant [1926] R.C.S. 218, le vicomte Cave, lord chancelier, confirme que la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, conférée au par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permet au législateur fédéral d'établir l'ordre des créanciers dans une faillite. Il fait remarquer, à la p. 197:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, à la p. 200, lord Herschell fait remarquer qu'un régime législatif sur la faillite peut souvent exiger diverses dispositions accessoires pour empêcher que l'économie de la loi ne soit mise en échec; il ajoute: «Il peut être nécessaire, à cette fin, de traiter de l'effet des saisies et d'autres sujets qui autrement seraient de la compétence législative de la province. Leurs Seigneuries ne doutent pas qu'il soit loisible au Parlement du Dominion de légiférer sur ces questions dans une loi sur la faillite et que la législature provinciale serait sans doute alors empêchée d'empiéter sur cette loi pour autant que cet empiètement toucherait la loi sur la faillite du Parlement du Dominion». Considérant que ces remarques aident à interpréter le par. 91(21) de la loi de 1867, leurs Seigneuries sont d'avis que la compétence exclusive accordée de ce fait au Parlement du Dominion pour légiférer

Dominion Parliament to deal with all matters arising within the domain of bankruptcy and insolvency enables that Parliament to determine by legislation the relative priorities of creditors under a bankruptcy or an authorized assignment. [Emphasis added.]

sur toutes les questions relevant du domaine de la faillite et de l'insolvabilité permet à ce dernier de légiférer sur la priorité relative des créanciers en cas de faillite ou de cession autorisée. [Je souligne.]

9 The power to determine the priorities of distribution of the bankrupt's assets thus confirmed, Parliament has created an equitable distribution wherein the general rule is that creditors are to rank equally, with claims provable in bankruptcy being paid rateably (*Bankruptcy Act*, s. 141). The rule of creditor equality is subject to 10 classes of debt which are accorded priority in a stated order, the so-called list of "preferred" creditors (s. 136). Included in these classes of exceptions is "all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act" in s. 136(1)(h), ranked eighth in the list. Lastly, the entire scheme of distribution is "[s]ubject to the rights of secured creditors" (s. 136) which, as Professor Hogg has noted, "enables secured creditors to realize their security as if there were no bankruptcy" (Hogg, *supra*, at p. 25-9).

B. The "Quartet" of Supreme Court Bankruptcy Decisions

10 In recent years, the constitutional relationship between the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act* and various branches of provincial law governing property has received heightened scrutiny in the so-called "quartet" of decisions of this Court. Since my interpretation of the quartet differs from Iacobucci J.'s, I hope that I will be forgiven for re-canvassing that familiar terrain in order to explain the basis of my position.

(i) Overview of the Quartet

11 First, in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35 (hereinafter *Re Bourgault*), the trustee in bankruptcy sought to cancel a privilege registered by the Quebec Deputy Minister of Revenue on the bankrupt's immovable

Après avoir ainsi reçu confirmation de son pouvoir d'établir l'ordre de priorité applicable au partage de l'actif du failli, le législateur fédéral a créé un plan de répartition équitable qui, en règle générale, veut que les créanciers soient sur un pied d'égalité et qu'il y ait paiement au prorata des réclamations pouvant être établies dans la faillite (*Loi sur la faillite*, art. 141). La règle de l'égalité des créanciers est assujettie à 10 catégories de créances classées selon un ordre de priorité, soit la liste dite des créanciers «privilegiés» (art. 136). L'une de ces catégories d'exceptions, «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail», prévue à l'al. 136(1)(h), est au huitième rang de la liste. Enfin, l'ensemble du plan de répartition est appliqué «[s]ous réserve des droits des créanciers garantis» (art. 136), ce qui, comme l'a fait remarquer le professeur Hogg, [TRADUCTION] «permet aux créanciers garantis de réaliser leur garantie comme s'il n'y avait pas de faillite» (Hogg, *op. cit.*, à la p. 25-9).

B. Le «quatuor» d'arrêts de la Cour suprême en matière de faillite

Au cours des dernières années, dans quatre arrêts qualifiés de «quatuor», notre Cour a fait une étude particulière des rapports qui, du point de vue constitutionnel, existent entre le plan de répartition fondé sur la *Loi sur la faillite* et les divers aspects du droit provincial régissant la propriété. Puisque mon interprétation du quatuor d'arrêts diffère de celle du juge Iacobucci, j'espère que l'on me pardonnera de revenir en terrain battu pour expliquer le fondement de ma position.

(i) Aperçu du quatuor d'arrêts

Dans le premier arrêt, *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 (ci-après *Re Bourgault*), le syndic de faillite cherchait à faire annuler un privilège enregistré par le sous-ministre du Revenu du Québec sur l'immeuble du failli en

property under the provincial *Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 71. The Quebec Deputy Minister of Revenue argued that the province was a "secured creditor" under s. 2 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, since the Quebec *Retail Sales Tax Act* provided that sums due to the Crown under the Act were "a privileged debt ranking immediately after law costs".

Writing for the majority, Pigeon J. rejected the priority claimed by the province. In so doing, he offered the following remarks on the interpretation of s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* (now s. 136(1)(j)) (at p. 44):

Accordingly, I find that the case turns upon the interpretation of para. 107(1)(j) . . . It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in right of Canada or of a province except in cases where it was provided otherwise, namely, para. (c), the levy, and para. (h), workmen's compensation or unemployment insurance assessments and withholdings for income tax. Paragraph (j) ends with the following words, "notwithstanding any statutory preference to the contrary". The purpose of this part of the provision is obvious. Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority. In my opinion, this is precisely what is being contended for when it is argued that, because the Quebec statute creates a privilege on immovable property effective from the date of registration, the Crown thereby becomes a "secured creditor" and thus escapes the effect of the provision which gives it only a lower priority. [Emphasis in original.]

Pigeon J. later concluded at p. 46:

If the contention of the Deputy Minister of Revenue in the case at bar was upheld, it would mean that the Quebec tax collector, provided his privilege was registered before the bankruptcy, would obtain a special preference on the proceeds of the sale of the immovable property in question, instead of having only the *pari passu* priority contemplated in the scheme of distribution established by the *Bankruptcy Act*. In my opinion, such result would be contrary to the intent of Parliament and no imperfection in drafting could justify it.

vertu de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail*, S.R.Q. 1964, ch. 71, de la province. Le sous-ministre du Revenu du Québec soutenait que la province était un «créancier garanti» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, puisque la *Loi de l'impôt sur la vente en détail* du Québec prévoyait que les sommes dues à Sa Majesté en vertu de la Loi étaient «une dette privilégiée prenant rang immédiatement après les frais de justice».

S'exprimant au nom de la majorité, le juge Pigeon a rejeté la priorité réclamée par la province. Ce faisant, il a fait les commentaires suivants relativement à l'interprétation de l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* (maintenant l'al. 136(1)(j)) (à la p. 44):

C'est donc à l'interprétation de l'al. 107(1)(j) qu'il faut s'arrêter. [. . .] Il est manifeste que celle-ci vise à mettre sur un pied d'égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province sauf dans les cas autrement prévus, c'est-à-dire, al. c) le prélèvement et al. h) les cotisations pour accidents du travail ou assurance-chômage et les retenues à la source pour l'impôt sur le revenu. Le texte de l'al. j) se termine par les mots suivants: «nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire». Le but de cette partie de la disposition est évident. Le législateur fédéral a entendu mettre sur pied d'égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc pas avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité. À mon avis, c'est précisément ce que l'on réclame en soutenant que, parce que la loi du Québec accorde un privilège sur les immeubles qui prend effet à compter de la date de son enregistrement, le fisc y devient un «créancier garanti» et échappe ainsi à la disposition qui ne lui accorde qu'une certaine priorité. [Souligné dans l'original.]

Le juge Pigeon conclut, à la p. 46:

Si l'on admettait dans la présente cause la prétention du sous-ministre du Revenu, il en résulterait que le fisc provincial québécois jouirait, à la seule condition que son privilège ait été enregistré avant la faillite, d'une préférence particulière sur le produit de la vente de l'immeuble visé, au lieu de n'avoir droit qu'à la priorité *pari passu* prévue au plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. C'est un résultat qui me paraît contraire à l'intention du législateur fédéral et que ne sauraient justifier des imperfections de rédaction.

13 This Court confirmed and extended this approach to the relationship between the *Bankruptcy Act* and provincial law in *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785. Section 78(4)(a) of the *Alberta Workers' Compensation Act*, S.A. 1973, c. 87, provided that the provincial Workers' Compensation Board retained a "charge upon the property or proceeds of property of the employer" for unpaid assessments under the Act. The question before the Court was whether this provision rendered the Board a secured creditor of the bankrupt employer for the purposes of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* which subjected the list of preferred claims "to the rights of secured creditors", or whether the Board's claim was postponed to s. 107(1)(h) which expressly addressed "all indebtedness of the bankrupt under any Workers' Compensation Act".

14 A majority of the Court ruled that the Board was not a secured creditor and could only recover under s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Speaking for the majority on this point, Wilson J. cited approvingly (at pp. 804-5) the following remarks of Jones J.A. in *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253 (N.S.C.A.), at p. 260, on the ratio of the *Re Bourgault* decision:

Mr. Justice Pigeon made it abundantly clear that priorities of provincial claims must be determined in accordance with s. 107(1) of the Bankruptcy Act notwithstanding any statutory preference to the contrary. Debts under the Workers' Compensation Act fall under s. 107(1)(h) of the Act. Claims for wages are governed by s. 107(1)(d). With deference, it is not open to the province to provide any higher or more extensive priority for wages in view of the express provisions contained in that clause. It is clear from [Re Bourgault] that the provincial Crown cannot claim as a secured creditor under the Bankruptcy Act, notwithstanding the form of the

Notre Cour a confirmé et élargi cette analyse du lien entre la *Loi sur la faillite* et le droit provincial dans l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785. L'alinéa 78(4)a) de *The Workers' Compensation Act* de l'Alberta, S.A. 1973, ch. 87, prévoyait que la Worker's Compensation Board (la Commission) détenait une charge [TRADUCTION] «[grevant] les biens ou le produit des biens de l'employeur» relativement aux cotisations impayées au sens de la Loi. La question soulevée devant notre Cour était de savoir si cette disposition faisait de la Commission un créancier garanti de l'employeur failli, aux fins de l'application des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*, qui assujettissaient la liste des réclamations privilégiées aux «droits des créanciers garantis», ou si la réclamation de la Commission relevait de l'al. 107(1)h) qui visait explicitement «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail».

Notre Cour à la majorité a statué que la Commission n'était pas un créancier garanti et qu'elle ne pouvait recouvrer qu'en vertu de l'al. 107(1)h) de la *Loi sur la faillite*. S'exprimant au nom de notre Cour à la majorité sur ce point, le juge Wilson cite en les approuvant (aux pp. 804 et 805) les remarques suivantes que le juge Jones a formulées dans l'arrêt *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia c. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253 (C.A.N.-É.), à la p. 260, quant au raisonnement de l'arrêt *Re Bourgault*:

[TRADUCTION] Monsieur le juge Pigeon a dit très clairement que les priorités des réclamations fondées sur la loi provinciale se déterminent selon le par. 107(1) de la Loi sur la faillite nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire. Les dettes contractées en vertu de la Workers' Compensation Act tombent sous le coup de l'al. 107(1)h) de la Loi. Les réclamations pour salaires sont régies par l'al. 107(1)d). Avec égards, il n'est pas loisible à la province d'accorder une priorité plus grande ou plus étendue pour les salaires vu les dispositions expresses de cet alinéa. Il ressort clairement de l'arrêt [Re Bourgault] que Sa Majesté du chef de la province ne peut faire valoir de réclamation à titre de créancière garantie en vertu de la Loi sur la faillite, en dépit de la formulation de la loi provinciale, si la réclamation est

provincial legislation, where the claim is governed by s. 107(1) of the Bankruptcy Act. [Emphasis added.]

In the same vein, Wilson J. later added the following important comments at p. 806:

With respect, the issue in *Re Bourgault* and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* was not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation. It was whether provincial legislation, even if it did create a proprietary interest, could defeat the scheme of distribution under s. 107(1) [now s. 136(1)] of the *Bankruptcy Act*. These cases held that it could not, that while the provincial legislation could validly secure debts on the property of the debtor in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy occurred s. 107(1) determined the status and priority of the claims specifically dealt with in the section. It was not open to the claimant in bankruptcy to say: By virtue of the applicable provincial legislation I am a secured creditor within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and therefore the priority accorded my claim under the relevant paragraph of s. 107(1) does not apply to me . . . [This position] cannot be supported as a matter of statutory interpretation of s. 107(1) since, if the section were to be read in this way, it would have the effect of permitting the provinces to determine priorities on a bankruptcy, a matter within exclusive federal jurisdiction.

Having concluded that the case was governed by *Re Bourgault*, the majority of the Court considered the question of the appropriate response to the constitutional question: Was the provincial legislation inapplicable or inoperative? Wilson J. (McIntyre J. and Lamer J. (as he then was) concurring) noted that by virtue of the presumption of constitutionality, a province should be presumed to be legislating within its competence rather than outside it. As a result, she concluded that there was no conflict between s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* and s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* since the former should be construed or read down as simply having no application in the event of bankruptcy (p. 808). By contrast, Chouinard J. (Dickson J. (as he then was) and Beetz J. concurring) agreed with the body of Wilson J.'s reasons but ruled that s. 78(4) was inoperative in the event of

régie par le par. 107(1) de la Loi sur la faillite. [Je souligne.]

Dans la même veine, le juge Wilson ajoute ensuite les importants commentaires suivants, à la p. 806:

Avec égards, dans les arrêts *Re Bourgault* et *Re Black Forest Restaurant Ltd.*, le litige n'était pas de savoir s'il y avait eu création d'un droit de propriété en vertu des lois provinciales applicables. Il s'agissait de savoir si, même si elle créait un droit de propriété, la loi provinciale pouvait aller à l'encontre du plan de distribution prévu au par. 107(1) [maintenant le par. 136(1)] de la *Loi sur la faillite*. Ces arrêts ont décidé qu'elle ne le pouvait pas et que, même si la loi provinciale pouvait valablement créer une sûreté pour des dettes sur les biens du débiteur en dehors de la faillite, dès qu'il y avait faillite, le par. 107(1) déterminait le statut et la priorité des réclamations expressément mentionnées dans cet article. Il n'était pas loisible au créancier de la faillite de dire: en vertu de la loi provinciale applicable, je suis un créancier garanti au sens des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et en conséquence la priorité que l'alinéa pertinent du par. 107(1) accorde à ma réclamation ne s'applique pas à moi. [. . .] Cette position n'est pas étayée par l'interprétation législative du par. 107(1) puisque, si on interprétait l'article dans ce sens, il aurait pour effet de permettre aux provinces de déterminer les priorités en cas de faillite, ce qui relève de la compétence fédérale exclusive.

Après avoir conclu que l'arrêt *Re Bourgault* était applicable, notre Cour à la majorité a examiné la façon dont il convenait de répondre à la question constitutionnelle: la loi provinciale était-elle inapplicable ou inopérante? Le juge Wilson (avec l'appui des juges McIntyre et Lamer (maintenant Juge en chef)) a souligné qu'il y avait lieu de tenir pour acquis, en vertu de la présomption de constitutionnalité, qu'une province légifère dans le cadre de sa compétence. C'est pourquoi elle a conclu qu'il n'y avait pas de conflit entre le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*, et l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite* puisque la disposition provinciale devait être considérée comme étant tout simplement inapplicable en cas de faillite (p. 808). Par contre, le juge Chouinard (avec l'appui du juge Dickson (plus tard Juge en chef) et du juge Beetz) s'est dit d'accord avec l'ensemble des motifs du

bankruptcy since it conflicted with s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* (pp. 788-89).

juge Wilson, mais a conclu que le par. 78(4) était inopérant en cas de faillite puisqu'il entraînait en conflit avec l'al. 107(1)h) de la *Loi sur la faillite* (pp. 788 et 789).

17 This Court's decision in *Deloitte Haskins* is thus "significant because it confirms that any statutory lien conferred by a province on creditors listed in [s. 136] will nonetheless be inoperative [or inapplicable] in bankruptcy proceedings" (Dadson, *supra*, at p. 758).

L'arrêt *Deloitte Haskins* de notre Cour est donc [TRADUCTION] «important parce qu'il confirme que tout privilège d'origine législative accordé par une province à des créanciers figurant sur la liste énumérée à [l'art. 136] sera néanmoins inopérant [ou inapplicable] dans des procédures de faillite» (Dadson, *loc. cit.*, à la p. 758).

18 The third decision in the bankruptcy quartet is *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061 (*FBDB*). Subject to certain restrictions, s. 49(2) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3 (now s. 69(2)), entitled a secured creditor to "realize or otherwise deal with his security in the same manner as he would have been entitled to realize or deal with it if this section had not been passed". The question before the Court was whether federal or provincial law determined the order of priorities of distribution when a secured creditor availed himself of s. 49(2) to liquidate his security outside of the bankruptcy proceedings. Interestingly, the provincial security interest was a privilege registered on the debtor's immovable property by the Commission de la santé et de la sécurité du travail under s. 110(1) of the *Quebec Workmen's Compensation Act*, R.S.Q. 1977, c. A-3, which ranked its privilege as a claim "ranking immediately after law costs without registration".

Le troisième arrêt du quatuor en matière de faillite est *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061 (*BFD*). Sous réserve de certaines restrictions, le par. 49(2) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3 (maintenant le par. 69(2)), permettait à un créancier garanti de «réaliser sa garantie ou autrement en disposer de la même manière qu'il aurait eu droit de la réaliser ou d'en disposer si le présent article n'eût pas été adopté». Notre Cour devait déterminer laquelle de la loi fédérale ou de la loi provinciale déterminait l'ordre de priorité en matière de partage lorsqu'un créancier garanti se prévalait du par. 49(2) pour liquider sa garantie en dehors des procédures de faillite. Fait intéressant, la garantie de la province était un privilège enregistré sur le bien immobilier de la débitrice par la Commission de la santé et de la sécurité du travail, en vertu du par. 110(1) de la *Loi sur les accidents du travail* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. A-3, qui classait son privilège comme une réclamation «prenant rang immédiatement après les frais de justice sans enregistrement».

19 Speaking for the Court, Lamer J. noted at p. 1066 that this provincial legislation was in direct conflict with the *Bankruptcy Act*:

S'exprimant au nom de notre Cour, le juge Lamer fait remarquer, à la p. 1066, que la loi provinciale est directement en conflit avec la *Loi sur la faillite*:

If the provincial law rules prevail, respondent is a secured creditor and its debt ranks before that of the trustee. If on the other hand the *Bankruptcy Act* has priority, the scheme of distribution set out in s. 107 of the Act determines the priority ranking. According to the decision of this Court in *Deloitte*, *supra*, respondent would then lose the benefit of its privilege and become

Si les règles du droit québécois doivent prévaloir, l'intimée est un créancier garanti et sa créance est colloquée avant celle du fiduciaire. Par ailleurs, si la *Loi sur la faillite* a préséance, le plan de répartition prévu à l'art. 107 de cette loi détermine l'ordre de collocation. Selon la décision rendue par cette Cour dans *Deloitte*, précité, l'intimée perd alors l'avantage de son privilège et

merely a preferred creditor, since its claim is dealt with by s. 107(1)(h)

After concluding that the immovable property remained “property of the bankrupt” within the meaning of s. 47 (now s. 67) of the *Bankruptcy Act* notwithstanding its seizure by the bankrupt’s trustee and mandatary (p. 1068), Lamer J. stated at p. 1069:

The issue then is to determine what legislation, provincial or federal, applies here. A problem of the same type came before this Court in *Re Bourgault* and *Deloitte*, *supra*. In *Re Bourgault*, this Court held that in a bankruptcy matter s. 107(1)(f) of the *Bankruptcy Act* determines the priority of any claim covered by that provision. A provincial statute cannot override the scheme of distribution set out in s. 107 of the Act. To borrow the words of Pigeon J. (at p. 44), “Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority”. Similarly, the majority of the Court in *Deloitte* held that a creditor who holds a privilege under a provincial statute cannot claim the status of a secured creditor within the meaning of the *Bankruptcy Act* so as to avoid the order of distribution of s. 107 of the Act. In the event of bankruptcy, priorities are exclusively a matter for federal jurisdiction. [Emphasis added.]

It is important to stress that the respondent in *FBDB* sought to distinguish the Court’s earlier decisions of *Re Bourgault* and *Deloitte Haskins*. Lamer J. stated the respondent’s argument thus (at p. 1070):

. . . respondent is arguing that, as the hypothecated property was liquidated outside the bankruptcy proceeding, without involvement by the trustee in bankruptcy, the solution must be sought not in federal but in Quebec law. Respondent added that, as the trustee chose to realize his security himself outside the bankruptcy, he must bear the consequences of that choice and accept the order of collocation determined by provincial statutes.

But the Court rejected this attempt to circumvent the order of priorities required by the *Bankruptcy Act*. Lamer J. ruled at p. 1071:

devient un simple créancier privilégié, puisque sa réclamation est prévue à l’al. 107(1)(h)

Après avoir conclu que le bien immobilier demeurait «un bien du failli» au sens de l’art. 47 (maintenant l’art. 67) de la *Loi sur la faillite*, même s’il avait été saisi par le fiduciaire et mandataire du failli (p. 1068), le juge Lamer affirme, à la p. 1069:

Il convient donc de déterminer quelle législation — provinciale ou fédérale — s’applique en l’occurrence. Un problème de même nature s’était soulevé devant nous dans les affaires *Re Bourgault* et *Deloitte*, précitées. Dans *Re Bourgault*, cette Cour a statué qu’en cas de faillite, l’al. 107(1)(f) de la *Loi sur la faillite* détermine la priorité de toute réclamation prévue à cette disposition. La loi provinciale ne peut aller à l’encontre du plan de répartition établi à l’art. 107 de la Loi. Pour reprendre les paroles du juge Pigeon, à la p. 44, «[l]e législateur fédéral a entendu mettre sur [un] pied d’égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité.» Continuant dans la même voie, la majorité de la Cour, dans l’affaire *Deloitte*, a conclu qu’un créancier qui détient un privilège en vertu d’une loi provinciale ne peut revendiquer le statut de créancier garanti au sens de la *Loi sur la faillite* pour éviter de se soustraire à l’ordre de distribution de l’art. 107 de la Loi. En cas de faillite, les priorités relèvent exclusivement de la compétence fédérale. [Je souligne.]

Il importe de souligner que l’intimée, dans l’arrêt *BFD*, cherchait à établir une distinction d’avec les arrêts *Re Bourgault* et *Deloitte Haskins* rendus antérieurement par notre Cour. Voici comment le juge Lamer formule l’argument de l’intimée (à la p. 1070):

Elle prétend [. . .] que, la liquidation du bien hypothéqué s’étant déroulée en dehors de la procédure de faillite, sans intervention du syndic, la solution au litige doit être recherchée, non pas dans la loi fédérale, mais dans le droit québécois. L’intimée ajoute que, le fiduciaire ayant choisi de réaliser lui-même sa garantie en marge de la faillite, il doit accepter les conséquences qui découlent de ce choix et, partant, se soumettre à l’ordre de collocation établi par les lois provinciales.

Cependant, notre Cour a rejeté cette tentative de contourner l’ordre de priorité prescrit par la *Loi sur la faillite*. Le juge Lamer décide ceci, à la p. 1071:

... I feel that the decisions in *Re Bourgault* and *Deloitte* are conclusive as to the fate of the appeal. These cases stand for the following proposition: in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied. If a bankruptcy occurs, the order of priority is determined by the ranking in s. 107 of the Act, and any debt mentioned in that provision must therefore be given the specified priority. [Emphasis added.]

22

As a result, Lamer J. classified the respondent as a preferred creditor in s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. He accepted, at p. 1072, that this result might encourage secured creditors "to bring about the bankruptcy of their debtor in order to improve their title". Nevertheless, he was mindful that "this solution has obvious advantages". As he explained at p. 1072:

As soon as the bankruptcy occurs the *Bankruptcy Act* will be applied: the mere fact that a creditor is mentioned in s. 107 of the Act suffices for such creditor to be ranked as a preferred creditor and in the position indicated in that provision. As provincial statutes cannot affect the priorities created by the federal statute, consistency in the order of priority in bankruptcy situations is ensured from one province to another. [Emphasis added.]

23

Finally, in *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, at issue was whether the deemed statutory trust created by s. 18 of the *British Columbia Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, in favour of the province for provincial sales tax collected was a valid trust within the meaning of s. 47(a) (now s. 67(a)) of the *Bankruptcy Act*. Section 47(a) exempted "property held by the bankrupt in trust for any other person" from "[t]he property of a bankrupt divisible among his creditors". A majority of the Court ruled that this deemed statutory trust was not a valid trust. Instead, the province's claim for the monies collected under the purported trust was really a Crown preferred claim under s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*, which covered "claims of the Crown... in right of Canada or of any province".

... j'estime que les décisions rendues dans *Re Bourgault* et *Deloitte* tranchent le pourvoi de façon déterminante. Le principe qui se dégage de ces arrêts est le suivant: en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application. S'il y a une faillite, l'ordre de collocation est établi selon les priorités prévues à l'art. 107 de la Loi, et toute créance mentionnée à cette disposition doit donc être colloquée selon le rang prescrit. [Je souligne.]

Le juge Lamer a donc qualifié l'intimée de créancière privilégiée visée par l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Il a reconnu, à la p. 1072, que cela pourrait inciter des créanciers garantis «à provoquer la faillite de leur débiteur en vue de bonifier leur titre». Il était néanmoins conscient que «cette solution présente des avantages évidents». Comme il l'explique, à la p. 1072:

Dès la survenance de la faillite, la *Loi sur la faillite* reçoit application; la seule mention d'un créancier à l'art. 107 de la Loi suffit pour que celui-ci soit colloqué à titre de créancier privilégié et au rang prévu à cette disposition. Comme les lois provinciales ne peuvent porter atteinte aux priorités créées par la loi fédérale, l'ordre de collocation bénéficie donc, en cas de faillite, d'une certaine uniformité d'une province à l'autre. [Je souligne.]

Enfin, dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, il s'agissait de déterminer si la fiducie réputée créée par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 388, en faveur de la province relativement à la taxe de vente provinciale perçue constituait une fiducie valide au sens de l'al. 47(a) (maintenant l'al. 67(a)) de la *Loi sur la faillite*. Cet alinéa prévoyait que «[l]es biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers» ne comprenaient pas «les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne». Notre Cour à la majorité a statué que la fiducie légale réputée ne constituait pas une fiducie valide. En fait, la réclamation de la province visant les sommes perçues en vertu de la prétendue fiducie constituait plutôt une réclamation privilégiée de la Couronne, au sens de l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite*, qui visait les «réclamations [...] de la Couronne du chef du Canada ou d'une province du Canada».

Speaking for the majority, McLachlin J. noted at p. 30 that the impugned deemed statutory trust lacked the essential attributes of a trust under general principles of trust law, namely the possibility of being identified and traced. She stated at p. 33:

To interpret s. 47(a) as applying not only to trusts as defined by the general law, but to statutory trusts created by the provinces lacking the common law attributes of trusts, would be to permit the provinces to create their own priorities under the *Bankruptcy Act* and to invite a differential scheme of distribution on bankruptcy from province to province.

Significantly, McLachlin J. also stated, at pp. 33-34, the Court's preference for an interpretation of s. 47(a) consistent with "the clear intention of Parliament, in enacting the *Bankruptcy Act*, of setting up a clear and orderly scheme for the distribution of the bankrupt's assets".

Moving to the nature of the legal interests created by s. 18 of the *Social Service Tax Act*, McLachlin J. noted at p. 34 that at the moment of collection the "trust property is identifiable and the trust meets the requirements for a trust under the principles of trust law". However, she was cautious to note that the trust monies are soon mingled with other money in the hands of the merchant and converted to other property, and as a result they could not be traced. She observed at p. 34:

... as the presence of the deeming provision tacitly acknowledges, the reality is that after conversion the statutory trust bears little resemblance to a true trust. There is no property which can be regarded as being impressed with a trust. Because of this, s. 18(2) goes on to provide that the unpaid tax forms a lien and charge on the entire assets of the collector, an interest in the nature of a secured debt. [Emphasis added.]

McLachlin J. was thus at pains to stress that the reality of the property interest created by the

Le juge McLachlin a fait remarquer, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 30, que la fiducie légale réputée qui était contestée ne possédait pas les attributs essentiels d'une fiducie selon les principes généraux du droit des fiducies, soit la possibilité d'identifier ou de retracer les biens. Elle affirme, à la p. 33:

Interpréter l'al. 47a) comme s'appliquant non seulement aux fiducies établies en vertu du droit général, mais aussi aux fiducies légales établies par les provinces, qui ne possèdent pas les attributs des fiducies de *common law*, reviendrait à permettre aux provinces d'établir leur propre ordre de priorité applicable à la *Loi sur la faillite* et à ouvrir la porte à l'établissement de régimes de répartition en cas de faillite différents d'une province à l'autre.

Fait révélateur, le juge McLachlin a aussi dit, à la p. 34, que notre Cour préférerait une interprétation de l'al. 47a) qui soit compatible avec «l'intention clairement exprimée par le législateur, en adoptant la *Loi sur la faillite*, d'établir un régime clair et ordonné de répartition de l'actif d'un failli».

Passant à l'examen de la nature des droits créés par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act*, le juge McLachlin a souligné, à la p. 34, qu'au moment de la perception «le bien en fiducie est identifiable et la fiducie répond aux exigences d'une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit». Cependant, elle a pris soin de préciser que les sommes en fiducie sont bientôt confondues avec d'autres sommes que détient le marchand et affectées à l'acquisition d'autres biens, de sorte qu'il est impossible de les retracer. Elle fait observer, à la p. 34:

... comme l'existence de la disposition déterminative le reconnaît tacitement, en réalité, après l'affectation de la somme, la fiducie légale ressemble peu à une fiducie véritable. Il n'y a pas de bien qu'on puisse considérer comme sujet à la fiducie. Aussi, pour cette raison, le par. 18(2) ajoute que la taxe impayée emporte un privilège sur la totalité des biens de celui qui l'a perçue, c'est-à-dire un droit tenant d'une créance garantie. [Je souligne.]

Le juge McLachlin a donc pris soin de préciser que la substance du droit de propriété créé par la

24

25

26

province ought to govern over the form, and as a result the province's claim necessarily failed.

27 McLachlin J. also addressed the province's contention that it remained sovereign over the definition of what constitutes a trust. She made the following important observations at p. 35:

The province . . . argues that it is open to it to define "trust" however it pleases, property and civil rights being matters within provincial competence. The short answer to this submission is that the definition of "trust" which is operative for purposes of exemption under the *Bankruptcy Act* must be that of the federal Parliament, not the provincial legislatures. The provinces may define "trust" as they choose for matters within their own legislative competence, but they cannot dictate to Parliament how it should be defined for purposes of the *Bankruptcy Act: Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*. [Emphasis added.]

28 As a result, McLachlin J. ruled that the provincial legislation was inapplicable in bankruptcy and that the province's claim was governed by s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*.

(ii) The Principles and Philosophy Embodied in the Quartet

29 What principles should be distilled from the quartet? The intervener Attorney General for Saskatchewan suggested that there are two possible interpretations of these decisions: what it called a broader "bottom line" approach which posits that "any time provincial law affects the final result of a bankruptcy, the province is improperly attempting to alter the priorities of distribution"; and a narrower "jump the queue" approach to the effect that "the province cannot attempt to alter the position of a person within the scheme of distribution created by Parliament, vis à vis the other creditors who are claiming from the bankrupt's estate".

30 My colleague Iacobucci J. properly rejects the broader "bottom line" approach since, as he indi-

province devait l'emporter sur la forme, et que, par conséquent, la réclamation de la province devait nécessairement échouer.

Le juge McLachlin a aussi examiné l'argument de la province selon lequel il lui était entièrement loisible de définir ce qui constitue une fiducie. Elle fait les observations importantes suivantes, à la p. 35:

La province soutient [. . .] qu'il lui est loisible de définir le mot «fiducie» comme elle l'entend puisque la propriété et les droits civils relèvent de sa compétence. À cette affirmation, il suffit de répondre que la définition applicable du mot «fiducie» pour les fins des exceptions prévues à la *Loi sur la faillite* est celle du législateur fédéral et non celle des législateurs provinciaux. Les provinces peuvent définir à leur gré le mot «fiducie» pour les matières relevant de leur compétence, mais elles ne peuvent imposer au Parlement la définition que la fiducie doit recevoir pour les fins de la *Loi sur la faillite*: voir l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*. [Je souligne.]

En conséquence, le juge McLachlin a statué que la loi provinciale était inapplicable en matière de faillite et que la réclamation de la province était régie par l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite*.

(ii) Les principes et la philosophie qui se dégagent du quatuor d'arrêts

Quels principes devrait-on dégager du quatuor d'arrêts? L'intervenant le procureur général de la Saskatchewan affirme que ces arrêts peuvent s'interpréter de deux manières: ce qu'il appelle la méthode plus générale du «résultat final», qui part du principe voulant que [TRADUCTION] «chaque fois qu'une loi provinciale touche l'issue d'une faillite, la province se trouve alors à tenter irrégulièrement de modifier l'ordre de priorité en matière de partage»; et la méthode plus restrictive de l'«anticipation de rang», selon laquelle [TRADUCTION] «la province ne peut tenter de modifier le rang d'une personne au sein du plan de répartition établi par le législateur fédéral, par rapport aux autres créanciers qui produisent une réclamation contre l'actif du failli».

Mon collègue le juge Iacobucci rejette à bon droit la méthode plus générale du «résultat final»

cates, such an approach “risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*” (para. 142). It is trite to observe that the *Bankruptcy Act* is contingent on the provincial law of property for its operation. The Act is superimposed on those provincial schemes when a debtor declares bankruptcy. As a result, provincial law necessarily affects the “bottom line”, but this is contemplated by the *Bankruptcy Act* itself. Indeed, it is no exaggeration to say that there is no “bottom line” without provincial law. The “bottom line” approach is therefore not the appropriate characterization of the quartet.

However, even rejecting the simplistic “bottom line” approach, I do not agree that the quartet stands for the sole proposition that the provinces cannot “jump the queue”. In my opinion, the quartet embodies a consistent and general philosophy as to the purposes of the federal system of bankruptcy and its relation to provincial property arrangements. That philosophy cannot be captured in the pithy but limited proposition that the provinces cannot “jump the queue”.

The quartet is better stated, in my view, as standing for a number of related propositions which are themselves part of a consistent philosophy. In their lucid and thorough study of the quartet, “The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77, at pp. 78-79, Andrew J. Roman and M. Jasmine Sweatman state that the quartet stands for the following four propositions:

- (1) provinces cannot create priorities between creditors or change the scheme of distribution on bankruptcy under s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*;
- (2) while provincial legislation may validly affect priorities in a non-bankruptcy situation, once

car, comme il l’indique, une telle méthode «risque d’annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l’application de la *Loi sur la faillite*» (par. 142). C’est un truisme de dire que la *Loi sur la faillite* dépend, pour son application, du droit provincial en matière de propriété. La Loi se superpose à ces régimes provinciaux lorsqu’un débiteur déclare faillite. C’est pourquoi le droit provincial modifie nécessairement le «résultat final», mais cela est prévu par la *Loi sur la faillite* elle-même. En fait, il n’est pas exagéré de dire qu’il n’y a pas de «résultat final» en l’absence du droit provincial. La méthode du «résultat final» ne reflète donc pas correctement la pensée du quatuor d’arrêts.

Cependant, même si je rejette la méthode simpliste du «résultat final», je n’accepte pas que le quatuor d’arrêts signifie uniquement qu’il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces. À mon avis, il se dégage du quatuor une philosophie cohérente et générale quant aux objets du régime fédéral de la faillite et au lien qu’il a avec les dispositions provinciales en matière de droit des biens. Cette philosophie ne saurait s’exprimer par la proposition concise, mais restreinte, selon laquelle il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces.

À mon avis, il est préférable d’affirmer que le quatuor d’arrêts étaye un certain nombre de propositions connexes qui s’inscrivent elles-mêmes dans le cadre d’une philosophie cohérente. Dans leur étude lucide et approfondie du quatuor d’arrêts, intitulée «The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over» (1992), 71 *R. du B. can.* 77, aux pp. 78 et 79, Andrew J. Roman et M. Jasmine Sweatman affirment que le quatuor d’arrêts permet de formuler les quatre propositions suivantes:

[TRADUCTION]

- (1) les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*;
- (2) bien qu’une loi provinciale puisse valablement modifier l’ordre de priorité dans un contexte

31

32

bankruptcy has occurred section 136(1) of the Bankruptcy Act determines the status and priority of the claims specifically dealt with in that section;

- (3) if the provinces could create their own priorities or affect priorities under the Bankruptcy Act this would invite a different scheme of distribution on bankruptcy from province to province, an unacceptable situation; and
- (4) the definition of terms such as “secured creditor”, if defined under the Bankruptcy Act, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for purposes of the Bankruptcy Act.

autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le par. 136(1) de la Loi sur la faillite qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;

- (3) si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la Loi sur la faillite, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;
- (4) en matière de faillite, des expressions comme «créancier garanti», lorsqu'elles sont définies dans la Loi sur la faillite, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la Loi sur la faillite.

33 See also for concurrence with Roman and Sweatman's general conclusions drawn from the quartet, Jacob S. Ziegel, “Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman” (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 44, at p. 45.

Voir aussi, à l'appui des conclusions générales que Roman et Sweatman tirent du quatuor d'arrêts, l'article de Jacob S. Ziegel, «Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman» (1993), 72 *R. du B. can.* 44, à la p. 45.

34 My colleague Iacobucci J. states at para. 141 that the quartet “stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative” (emphasis added). This statement falls within Roman and Sweatman's proposition 1. However, as my summary of those cases has hopefully indicated, the quartet is clearly not limited to provincial “laws which directly improve the priority of a claim”. To quote Roman and Sweatman, *supra*, at p. 78:

Mon collègue le juge Iacobucci affirme, au par. 141, que le quatuor d'arrêts «étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d'une réclamation contre l'actif réel du failli par rapport à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*» (je souligne). Cela correspond à la première proposition de Roman et Sweatman. Cependant, comme mon résumé du quatuor l'a indiqué, je l'espère, le quatuor d'arrêts n'est clairement pas limité aux cas où des «lois provinciales [. . .] améliorent directement le rang d'une réclamation». Pour reprendre les propos de Roman et Sweatman, *loc. cit.*, à la p. 78:

. . . the reasoning in [the quartet] is not limited to trusts, nor to situations of colourable legislation attempting to give an artificial preference to government. Rather, these rulings are broad enough to encompass any potential area of conflict between provincial power to legislate in the area of property and civil rights, and exclusive federal jurisdiction over bankruptcy and insolvency.

[TRADUCTION] . . . le raisonnement [du quatuor d'arrêts] n'est aucunement limité aux fiducies ou aux cas de législation déguisée qui tente d'accorder une préférence artificielle au gouvernement. Ces arrêts ont plutôt une portée suffisamment large pour englober toute possibilité de conflit entre le pouvoir d'une province de légiférer dans le domaine de la propriété et des droits civils d'une part, et la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, d'autre part.

In a similar vein these authors add at p. 81:

The Supreme Court of Canada's quartet of decisions, although dealing with provincial statutory trusts which affected priorities in bankruptcy, has progressively and finally provided a definite ruling on the relationship between priorities under the Bankruptcy Act and *any* other provincial statute which directly or indirectly affects priorities. [Emphasis in original.]

Importantly, they conclude at p. 105:

The law, in our opinion, is settled by these four judgments of the Supreme Court of Canada. In all four cases the issues were not whether the provinces could directly and blatantly attempt to alter the scheme of interests of secured and other creditors under what is now section 136(1) of the Bankruptcy Act. Rather, the issue was whether a province could indirectly influence priorities under the Bankruptcy Act. Even in this weaker version of influence, the Supreme Court of Canada has held that the provinces could not.

And in so concluding, they are also quick to caution at p. 106:

It is also incorrect to state that in all four cases the provinces attempted to redistribute or change priorities by explicitly elevating one of the lower ranked claims to a higher rank. As seen from an examination of the dissenting judgments in *Deloitte Haskins and Henfrey*, the provinces were not attempting specifically to target the bankruptcy situation but, rather, to create a general priority.

As a result, the "jump the queue" or "directly improve bankruptcy priorities" approach captures only part of the reasoning of the quartet. As Roman and Sweatman noted, in the *Deloitte Haskins and Henfrey Samson* cases, for example, the provinces were not directly or intentionally attempting to influence bankruptcy priorities. Rather, the provinces enacted laws of general application which sought to create a general priority not necessarily targeted to bankruptcy, but which had the effect of altering bankruptcy priorities. This Court nevertheless ruled that such pro-

Les auteurs ajoutent, dans la même veine, à la p. 81:

[TRADUCTION] Le quatuor d'arrêts de la Cour suprême du Canada, même s'il portait sur des fiducies établies par des lois provinciales qui modifiaient l'ordre de priorité en matière de faillite, a progressivement et finalement constitué une décision définitive sur le lien entre l'ordre de priorité établi en vertu de la Loi sur la faillite et toute autre loi provinciale qui modifie directement ou indirectement cet ordre. [En italique dans l'original.]

Leur conclusion est à souligner, à la p. 105:

[TRADUCTION] À notre avis, ces quatre arrêts de la Cour suprême du Canada établissent les règles de droit applicables. Dans ces arrêts, la question en litige n'était pas de savoir si les provinces pouvaient directement et ouvertement tenter de modifier le régime des droits des créanciers garantis et autres en vertu de ce qui est maintenant le paragraphe 136(1) de la Loi sur la faillite. Il s'agissait plutôt de savoir si une province pouvait influencer indirectement l'ordre de priorité établi en vertu de la Loi sur la faillite. Même en ce qui concerne cette forme plus faible d'influence, la Cour suprême du Canada a statué que les provinces ne pouvaient le faire.

Et, en tirant cette conclusion, ils s'empressent de faire la mise en garde suivante, à la p. 106:

[TRADUCTION] Il est également incorrect de dire que les provinces avaient, dans les quatre cas, tenté de modifier l'ordre de priorité en colloquant explicitement à un meilleur rang une réclamation de rang inférieur. Comme le révèle l'examen des motifs de dissidence rédigés dans les arrêts *Deloitte Haskins et Henfrey*, les provinces ne tentaient pas expressément de viser la situation de faillite, mais plutôt de créer un ordre général de priorité.

En conséquence, la méthode de l'«anticipation de rang» ou de «l'amélioration directe de l'ordre de priorité en matière de faillite» ne reflète qu'une partie du raisonnement du quatuor d'arrêts. Comme Roman et Sweatman l'ont fait remarquer, dans les arrêts *Deloitte Haskins et Henfrey Samson*, par exemple, les provinces ne tentaient ni directement ni intentionnellement d'influer sur l'ordre de priorité en matière de faillite. Les provinces avaient plutôt adopté des lois d'application générale qui cherchaient à créer un ordre général de priorité ne visant pas nécessairement les situa-

vincial laws were inapplicable in the event of bankruptcy.

36 I underline that the “effect” which Roman and Sweatman speak of is the effect on bankruptcy priorities (Roman and Sweatman, *supra*, at pp. 81-105). Consequently, clear conflict, that is an inconsistent or mutually exclusive result, which in this case entails a reordering of federal priorities, is necessary in order to declare a provincial law to be inapplicable in bankruptcy.

37 I also think it is important to emphasize the importance of Roman and Sweatman’s proposition 3. While I agree with my colleague Iacobucci J. that complete standardization of the distribution of property in bankruptcies is not possible across Canada having regard to the diversity of provincial laws relating to property and civil rights, yet the value of a national bankruptcy system is confirmed by the placing of bankruptcy under exclusive federal jurisdiction. As Professor Hogg has explained (*supra*, at pp. 25-1 and 25-2):

... debtors may move from one province to another, and may have property and creditors in more than one province. A national body of law is required to ensure that all of a debtor’s property is available to satisfy his debts, that all creditors are fairly treated, and that all are bound by any arrangements for the settlement of the debtor’s debts. Indeed, without these assurances, lenders would be reluctant to extend credit to persons who could evade their obligations simply by removing themselves or their assets across a provincial boundary.

Furthermore, as my overview of the quartet hopefully indicated, the goal of maintaining a nationally homogeneous system of bankruptcy priorities has properly been a constant concern of this Court. Were the situation otherwise, “Canada [would] have a balkanized bankruptcy regime which [would] diminish the significance of the exclusivity of federal jurisdiction over bankruptcy

tions de faillite, mais qui avaient pour effet de modifier l’ordre de priorité en matière de faillite. Notre Cour a néanmoins statué que ces lois provinciales n’étaient pas applicables en cas de faillite.

Je tiens à souligner que l’«effet» dont Roman et Sweatman parlent est l’effet sur l’ordre de priorité en matière de faillite (Roman and Sweatman, *loc. cit.*, aux pp. 81 à 105). En conséquence, pour qu’une loi provinciale soit déclarée inapplicable en matière de faillite, il doit exister un conflit évident, c’est-à-dire des exigences incompatibles ou qui s’excluent mutuellement, ce qui en l’espèce entraîne une modification de l’ordre de priorité fédéral.

J’estime aussi qu’il est important de souligner l’importance de la troisième proposition de Roman et Sweatman. Bien que je convienne avec mon collègue le juge Iacobucci qu’une normalisation complète du partage des biens en matière de faillite n’est pas possible au Canada, en raison de la diversité des lois provinciales sur la propriété et les droits civils, il reste que l’attribution au Parlement fédéral de la compétence exclusive en matière de faillite confirme l’importance d’un régime national en la matière. Comme l’explique le professeur Hogg (*op. cit.*, aux pp. 25-1 et 25-2):

[TRADUCTION] ... un débiteur peut déménager d’une province à l’autre et peut avoir des biens et des créanciers dans plus d’une province. Il faut un ensemble national de règles de droit pour garantir que tous les biens d’un débiteur puissent servir au règlement de ses dettes, que tous les créanciers soient traités équitablement et que tous soient liés par toute entente relative au règlement des dettes du débiteur. En fait, sans ces garanties, un prêteur hésiterait à faire crédit à une personne susceptible de se soustraire à ses obligations simplement en déménageant dans une autre province ou en y transférant ses biens.

De plus, comme mon aperçu du quatuor d’arrêts l’indique, je l’espère, notre Cour s’est, avec raison, constamment intéressée à l’objectif du maintien d’un ordre de priorité homogène à l’échelle nationale en matière de faillite. Si ce n’était pas le cas, [TRADUCTION] «le Canada [aurait] un régime de faillite balkanisé qui diminue[rait] l’importance de la compétence fédérale exclusive en matière de

and insolvency Otherwise there could be a different scheme in every jurisdiction; ten different bankruptcy regimes would make ordinary commercial affairs extremely complex, unwieldy and costly, not only for Canadians but also for our international trading partners” (Roman and Sweatman, *supra*, at pp. 80 and 104). This is a prospect which this Court has been acutely mindful of in the past, and its vigilance has ensured the continuing vitality of our nation’s bankruptcy legislation. In my view, its past vigilance commends itself to the present and, barring an amendment to s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867*, also to the future.

In this regard, I agree with Iacobucci J., at para. 147, that a bankruptcy priority is a category, and also that provincial law may result in the content of such categories being different from province to province. However, provincial law does not and cannot define the content of bankruptcy priorities or categories without limitation. Indeed, crucial limitation is imposed by the order of priorities in the *Bankruptcy Act* itself. Thus, while individual provinces can define and rank categories such as “secured creditor” and “trust” as they each have their own purposes, those provincial laws which enter into conflict with the provisions of the *Bankruptcy Act* are simply without application in bankruptcy. Such, indeed, was this Court’s unequivocal holding in *Re Bourgault, Deloitte Haskins*, and *FBDB* with respect to “secured creditors” and in *Henfrey Samson* with respect to “trusts”.

Finally, I would observe that while in agreement with the above four propositions as embodying the reasoning of the quartet, in my view the list would be more complete with the addition of a fifth and sixth, as follows:

- (5) in determining the relationship between provincial legislation and the *Bankruptcy Act*, the form of the provincial interest created must not be allowed to triumph over its substance.

faillite et d’insolvabilité [. . .] Il pourrait exister un régime différent dans chaque province; l’existence de dix régimes différents en matière de faillite rendrait les activités commerciales courantes extrêmement complexes, lourdes et coûteuses, non seulement pour les Canadiens mais aussi pour nos partenaires commerciaux internationaux» (Roman et Sweatman, *loc. cit.*, aux pp. 80 et 104). C’est une possibilité dont notre Cour a été fort consciente dans le passé, et c’est grâce à sa vigilance que la législation canadienne en matière de faillite conserve toute sa vitalité. À mon avis, sa vigilance passée est encore de mise aujourd’hui et le sera dans l’avenir, à moins d’une modification du par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

À cet égard, je suis d’accord avec le juge Iacobucci pour dire qu’une priorité en matière de faillite est une catégorie, et que le droit provincial peut faire en sorte que le contenu de ces catégories varie d’une province à l’autre (par. 147). Cependant, le droit provincial ne définit pas ni ne peut définir sans restriction le contenu des priorités ou des catégories en matière de faillite. En fait, l’ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* elle-même constitue une restriction cruciale. Ainsi, bien que chaque province puisse définir et colloquer à ses propres fins des catégories comme celles des «créanciers garantis» et des «fiducies», les lois provinciales qui entrent en conflit avec les dispositions de la *Loi sur la faillite* sont tout simplement inapplicables en matière de faillite. En fait, c’est la conclusion à laquelle notre Cour est clairement arrivée quant aux «créanciers garantis» dans les arrêts *Re Bourgault, Deloitte Haskins* et *BFD*, et quant aux «fiducies» dans l’arrêt *Henfrey Samson*.

Enfin, bien que je reconnaisse que les quatre propositions susmentionnées résument le raisonnement adopté dans le quatuor d’arrêts, je suis d’avis que cette liste serait plus complète si on ajoutait les cinquième et sixième propositions suivantes:

- (5) pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *Loi sur la faillite*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l’emporte sur le fond. Les provinces n’ont pas

38

39

The provinces are not entitled to do indirectly what they are prohibited from doing directly;

- (6) there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy and to conflict with the order of priorities of the *Bankruptcy Act* in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the effect of provincial legislation is to do so.

40

I would hope that these propositions need little if any explanation or defence. They are clearly important principles at work in McLachlin J.'s reasons for the majority of the Court in *Henfrey Samson* in concluding that while the province was clearly entitled to define "trust" as it chose for the purposes of provincial law, the substance of the interest created was what was really relevant for the purpose of applying the *Bankruptcy Act*. Furthermore, there was no suggestion in that case that the province intended to subvert the scheme of distribution of the *Bankruptcy Act*. Instead, it had simply enacted a valid law of general application pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to property and civil rights in the province, and was attempting to give itself a general priority with respect to collected but unpaid sales tax revenues. The Court ruled that the legislation was only inapplicable upon the occurrence of bankruptcy, because it was then that, if it had been applicable, it would have had the effect of conflicting with the scheme of distribution of the *Bankruptcy Act*.

41

What is more, these fifth and sixth propositions bear a close family resemblance to the doctrine of colourability. In describing the colourability doctrine, Professor Hogg has observed (*supra*, at p. 15-17):

The courts are, of course, concerned with the substance of the legislation to be characterized and not merely its form. The "colourability" doctrine is invoked when a statute bears the formal trappings of a matter within jurisdiction, but in reality is addressed to a matter outside jurisdiction.

See also *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 496-97, *per* Sopinka J. for the Court. The con-

le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement;

- (6) pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la *Loi sur la faillite*. Il suffit que la loi provinciale ait cet effet.

J'espère que ces propositions n'ont pas vraiment besoin d'être expliquées ou défendues. Ce sont, de toute évidence, d'importants principes qui se dégagent des motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Henfrey Samson*, où elle a conclu, au nom de notre Cour à la majorité, que même si la province était clairement habilitée à définir à sa guise le terme «fiducie» pour les fins du droit provincial, le fond du droit créé était ce qui était réellement pertinent pour les fins de l'application de la *Loi sur la faillite*. De plus, rien n'indiquait dans cet arrêt que la province avait l'intention de modifier le plan de répartition de la *Loi sur la faillite*. Elle avait plutôt simplement adopté une loi valide d'application générale conformément à sa compétence exclusive en matière de propriété et de droits civils, et elle tentait de s'attribuer une priorité générale relativement aux revenus perçus mais non remis au titre de la taxe de vente. Notre Cour a statué que la loi en cause n'était inapplicable qu'en cas de faillite parce que c'est dans ce cas que son application entraînerait un conflit avec le plan de répartition prévu dans la *Loi sur la faillite*.

Qui plus est, ces cinquième et sixième propositions ont une proche parenté avec la théorie du détournement de pouvoir. En décrivant cette théorie, le professeur Hogg fait remarquer (*op. cit.*, à la p. 15-17):

[TRADUCTION] Les tribunaux s'intéressent, bien entendu, au fond de la loi à qualifier et non simplement à sa forme. On invoque la théorie du «détournement de pouvoir» lorsqu'une loi semblant porter sur un sujet relevant de la compétence d'un gouvernement porte en réalité sur un sujet qui ne relève pas de cette compétence.

Voir aussi l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, aux pp. 496 et 497, le juge Sopinka, au

cern raised by colourable legislation has also been phrased thus: “it is a very familiar principle that you cannot do that indirectly which you are prohibited from doing directly” (*Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626 (P.C.), at pp. 627-28; see also *Laskin’s Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, at p. 310).

There are, however, two fundamental differences between the doctrine of colourability and the above propositions 5 and 6. First, the doctrine of colourability is a concept which is only applicable in assessing the threshold question of the validity of the impugned legislation, which is to say, its pith and substance. The above propositions, by contrast, continue to apply after having determined the validity of the impugned provincial law when assessing its applicability in the exclusive federal sphere of bankruptcy (see Hogg, *supra*, at p. 15-25). In the case at bar, it has been accepted that the provincial law is valid within its sphere; the question is as to its applicability outside its sphere, when it intrudes into the exclusive federal sphere of bankruptcy and conflicts with federal bankruptcy legislation.

In light of this distinction, it will be evident that none of the quartet cases were concerned with colourable provincial legislation. There was no question as to the validity of the impugned legislation in any of the quartet. Those cases are devoid of any suggestion that the impugned laws were anything other than provincial laws of general application, and thus validly enacted laws under the provinces’ exclusive jurisdiction in relation to property and civil rights. Instead, those cases were only concerned with the applicability of provincial laws in bankruptcy, not their validity.

This last observation is also an important additional reason why I respectfully believe that it is inaccurate to interpret the quartet as only prohibiting legislation which “directly improves the priority of a claim”. Such a characterization suggests

nom de la Cour. Voici comment on a aussi formulé la préoccupation soulevée par la législation déguisée: [TRADUCTION] «il est un principe très connu selon lequel on ne peut faire indirectement ce qu’il est interdit de faire directement» (*Madden c. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626 (C.P.), aux pp. 627 et 628; voir aussi *Laskin’s Canadian Constitutional Law* (5^e éd. 1986), vol. 1, à la p. 310).

Cependant, il existe deux différences fondamentales entre la théorie du détournement de pouvoir et les cinquième et sixième propositions susmentionnées. Premièrement, la théorie du détournement de pouvoir est un concept qui ne s’applique qu’en examinant la question préliminaire de la validité de la loi attaquée, c.-à-d. son caractère véritable. Par contre, les propositions susmentionnées continuent de s’appliquer une fois établie la validité de la loi provinciale attaquée, au moment d’en déterminer l’applicabilité au domaine de compétence fédérale exclusive que constitue la faillite (voir Hogg, *op. cit.*, à la p. 15-25). En l’espèce, on a reconnu que la province avait adopté une loi valide à l’intérieur de son champ de compétence; la question est alors de savoir si elle est applicable en dehors de ce champ, lorsqu’elle empiète sur le domaine de compétence fédérale exclusive que constitue la faillite, et entre en conflit avec la loi fédérale sur la faillite.

Compte tenu de cette distinction, on se rendra compte qu’aucun des arrêts du quatuor ne portait sur une loi provinciale déguisée. Il n’était pas question de la validité des lois qui y étaient attaquées. On n’y laisse aucunement entendre que les lois attaquées étaient autre chose que des lois provinciales d’application générale, qui avaient donc été validement adoptées en vertu de la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils. Ces arrêts ne portaient plutôt que sur l’applicabilité des lois provinciales en matière de faillite, et non sur leur validité.

Cette dernière observation est aussi une raison importante pour laquelle j’estime, en toute déférence, qu’il est inexact de considérer que le quatuor d’arrêts n’interdit que les lois qui «améliorent directement le rang d’une réclamation». Une telle

42

43

44

that the quartet was concerned with the validity of the impugned laws. However, if the provinces had been attempting to improve the priority of their claims in bankruptcy directly, presumably this Court would simply have declared their laws to be *ultra vires* and invalid for being in relation to an exclusive federal matter, and no question of applicability or operability would ever have arisen.

45

The second crucial distinction between the doctrine of colourability and the above propositions 5 and 6 is that the doctrine of colourability often connotes a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere (see Elizabeth Edinger, "Comment" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 203, at pp. 206-11, and Albert S. Abel, "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 494). But even without such an intention, provincial legislation can quite evidently have the effect of trespassing onto an exclusive federal domain, and would thus be equally subject to an examination as to its applicability in the federal sphere. Were the situation otherwise, our constitutional law would countenance the absurd situation that valid provincial legislation of general application which entered into clear conflict with a valid federal law promulgated in an exclusive federal sphere would be exempt from constitutional challenge. In short, a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere is neither necessary nor sufficient to scrutinize the applicability of provincial law. It is the fact of intrusion, and not the intention to intrude, which is determinative for division of powers purposes.

46

As a result, the inquiry in the case at bar must be limited to assessing whether, if applied in bankruptcy, the effect of s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, would be to conflict with the scheme of distribution in the *Bankruptcy Act*. It is this question which I now address.

caractérisation porte à croire que les arrêts du quatuor portaient sur la validité des lois attaquées. Cependant, si les provinces avaient tenté d'améliorer directement le rang de leurs réclamations en matière de faillite, notre Cour aurait vraisemblablement déclaré leurs lois inconstitutionnelles et non valides pour le motif qu'elles portaient sur un domaine de compétence fédérale exclusive, et la question de leur applicabilité ne se serait jamais posée.

La deuxième distinction cruciale qui existe entre la théorie du détournement de pouvoir et les cinquième et sixième propositions réside dans le fait que la théorie du détournement de pouvoir laisse souvent entendre qu'il existe une intention du législateur d'empiéter sur un chef de compétence fédérale exclusive (voir Elizabeth Edinger, «Commentaire» (1985), 63 *R. du B. can.* 203, aux pp. 206 à 211, et Albert S. Abel, «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, à la p. 494). Cependant, même en l'absence de cette intention, une loi provinciale peut de toute évidence avoir pour effet d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive, et donner ainsi lieu à un examen de son applicabilité dans le domaine de compétence fédérale. S'il en était autrement, notre droit constitutionnel se trouverait à admettre la situation absurde dans laquelle une loi provinciale valide d'application générale, qui entre nettement en conflit avec une loi fédérale valide adoptée dans un domaine de compétence fédérale exclusive, échapperait à toute contestation de nature constitutionnelle. Bref, il n'est ni nécessaire ni suffisant que le législateur ait eu l'intention d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive pour que puisse être examinée l'applicabilité d'une loi provinciale. C'est l'empiètement en soi, et non l'intention d'empiéter, qui est déterminant aux fins du partage des pouvoirs.

En conséquence, l'examen en l'espèce ne doit viser qu'à déterminer si l'application en matière de faillite de l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan aurait pour effet d'engendrer un conflit avec le plan de répartition prévu dans la *Loi sur la faillite*. C'est cette question que je vais maintenant examiner.

C. *Application of the Quartet to Section 133 of the Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979*

(i) The Nature of the Legal Interest Created by Section 133

As I indicated earlier, it is important to examine the operation of s. 133 as a whole in order to address the issue raised in this appeal. This provision creates a curious scheme of liability. Section 133(1) imposes a duty on a principal to ensure that its contractor pays into the Workers' Compensation fund, and declares the principal absolutely liable for those payments in the event of the contractor's default. Using the language of the Civil Law, one might say that the principal (or owner) is under an obligation of diligence or means to ensure that the contractor makes its payments, and in the event of the contractor's default the principal is under an obligation of guarantee to the Board for those payments (see Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), at pp. 8-14). Section 133(3) then entitles the principal to withhold and indemnify itself from any funds owing to the contractor if the principal is deemed liable for the contractor's debt to the Board. In other words, it entitles a principal to set off against monies owing to the contractor the principal's claim for having paid the contractor's assessments. Finally, s. 133(4) empowers the Board to determine all questions as to the right and amount of the principal's indemnity for discharging the contractor's obligation.

In essence, under this scheme the principal is the surety or guarantor of the contractor's obligation, with the right and extent of the principal's indemnification from the withheld funds being determined by the provincial Workers' Compensation Board. It is abundantly clear that it is the contractor's obligation which is primarily in issue, since s. 133(3) entitles the principal to be indemnified "by

C. *Application du quatuor d'arrêts à l'article 133 de The Workers' Compensation Act, 1979, de la Saskatchewan*

(i) La nature du droit créé par l'art. 133

Comme je l'ai déjà indiqué, il importe d'examiner globalement l'application de l'art. 133 pour trancher la question soulevée en l'espèce. Cette disposition crée un étrange régime de responsabilité. En vertu du par. 133(1), le commettant a l'obligation de veiller à ce que l'entrepreneur effectue ses paiements à la caisse des accidents de travail, et il est entièrement responsable de ces paiements si l'entrepreneur néglige de les faire. Pour reprendre les termes du droit civil, le commettant (ou propriétaire) est tenu, en vertu d'une obligation de diligence ou de moyens, de s'assurer que l'entrepreneur effectue ses paiements, et il a, en cas de défaut de ce dernier, une obligation de garantie envers la Commission relativement à ces paiements (voir Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), aux pp. 8 à 14). Le paragraphe 133(3) habilite ensuite le commettant à faire des retenues et à s'indemniser sur toute somme due à l'entrepreneur dans la mesure où il est considéré comme responsable de la dette de l'entrepreneur envers la Commission. En d'autres termes, cette disposition habilite un commettant à opérer compensation entre les sommes dues à l'entrepreneur et sa réclamation, du fait qu'il a payé les cotisations de l'entrepreneur. Enfin, le par. 133(4) habilite la Commission à trancher toutes les questions relatives au droit du commettant d'être indemnisé et au montant de cette indemnité, du fait qu'il a satisfait à l'obligation de l'entrepreneur.

Sous ce régime, le commettant est essentiellement la personne qui se porte caution ou le répondant de l'obligation de l'entrepreneur, et c'est la commission des accidents du travail de la province qui détermine le droit du commettant d'être indemnisé sur les fonds retenus, ainsi que le montant de cette indemnité. Il est très clair que c'est l'obligation de l'entrepreneur qui est principale-

any person who should have made the payment” (emphasis added).

ment en cause puisque le par. 133(3) donne au commettant le droit d’être indemnisé «par toute personne qui aurait dû faire ce paiement» (je souligne).

49

Furthermore, when ss. 133(1) and (3) operate in tandem as intended by this legislation, the principal’s right to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor in the event that the principal is deemed responsible for the contractor’s liability means that the principal will ultimately not be responsible for that liability. Instead, the debt to the Board is effectively discharged with property of the contractor when the principal exercises its right of set-off. Differently put, when ss. 133(1) and (3) operate together, the principal is no worse off after having acted as the contractor’s surety. The principal’s estate or, to use Civil Law terminology, its patrimony remains entirely unaffected even after discharging its “personal” liability to the Board. As a result of the principal’s right of set-off against monies owing to the contractor, it is the contractor’s estate or patrimony which is diminished to the extent of the assessments owing to the Board. The reality of this scheme, then, is that the contractor discharges its own liability to the Board, mediated through the legally compelled agency of the principal.

De plus, si les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble comme le prévoit la loi, le droit du commettant, lorsqu’il est considéré comme responsable de l’obligation de l’entrepreneur, de faire des retenues et d’être indemnisé sur les sommes dues à cet entrepreneur, signifie que le commettant ne sera pas en dernière analyse responsable de cette obligation. La dette envers la Commission est plutôt réglée sur les biens de l’entrepreneur lorsque le commettant exerce son droit de compensation. En d’autres termes, lorsque les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble, le commettant n’est pas dans une situation pire après avoir agi à titre de caution de l’entrepreneur. L’actif du commettant ou son patrimoine, pour employer la terminologie du droit civil, ne change pas même après qu’il se soit acquitté de son obligation «personnelle» envers la Commission. Vu que le commettant possède un droit d’opérer compensation sur les sommes dues à l’entrepreneur, c’est l’actif ou le patrimoine de ce dernier qui se trouve diminué dans la mesure des cotisations dues à la Commission. Ce régime prévoit en fait que l’entrepreneur s’acquitte de sa propre obligation envers la Commission, par l’intermédiaire du commettant comme l’exige la Loi.

50

I would add that this is not a scheme of joint and several liability, since the principal and the contractor are not joint co-debtors at the outset. Nor does the Board have an unfettered choice as to which party to sue for recovery for outstanding fund payments, as it would if the principal and contractor were jointly and severally liable for the assessments. (See, for the accepted definitions of joint and several liability: Gerald H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 350-51; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), at pp. 49-50; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884, at p. 899 (per Dickson J. as he then was).) Instead, upon default a personal liability of the principal is created for the amount owed by the contractor. As a result, the principal is compelled

J’ajouterais qu’il ne s’agit pas d’un régime de responsabilité solidaire puisque le commettant et l’entrepreneur ne sont pas codébiteurs au départ. La Commission n’est pas non plus libre de choisir la partie contre qui elle intentera une action en recouvrement des montants non payés à la caisse, comme ce serait le cas si le commettant et l’entrepreneur étaient solidairement responsables des cotisations. (Pour les définitions reconnues de la responsabilité solidaire, voir Gerald H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 350 et 351; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), aux pp. 49 et 50; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884, à la p. 899 (le juge Dickson, plus tard Juge en chef).) En cas de défaut, naît une obligation personnelle du commettant pour la somme due

by statute to act as the surety for the contractor's obligation to the Board. I therefore believe that it is more accurate to characterize this provision as creating a form of involuntary, statutory suretyship. It is of course arguable that when the Board deems the principal liable for the contractor's default, they are jointly and severally liable for the assessment, even though the provision does not so specify expressly. But even this would only be an incident of the statutory suretyship in s. 133.

It is also clear that while formally the contractor is potentially liable for two debts, namely the debt to the Board for the unpaid assessment and the potential debt to the principal if the principal pays the contractor's assessment, the reality is that these are one and the same as against the contractor. The contractor cannot be liable for both cumulatively. There is thus an inseparable nexus between the Board's claim against the contractor and the principal's potential claim against the contractor. This point was well stated by Swinfen Eady L.J. in discussing the nature of suretyship in *Re Melton; Milk v. Towers*, [1918] 1 Ch. 37, at pp. 47-48, followed in *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294, at p. 300 (Man. C.A.):

It may well be that technically there are two claims against the debtor in respect of the transaction and two separate liabilities of the debtor arising out of the transaction. One of these is the debtor's liability to the bank for the money that he owed. The other, which is a separate liability arising out of the contract of guarantee, is the debtor's liability to indemnify the sureties in respect of their liability to the principal creditor. Technically, they are two separate liabilities, but in substance they are the same; and in respect of that liability there could not be a double proof against the estate. [Emphasis added.]

As a result, in light of the wording of s. 133 creating a form of involuntary suretyship, I would respectfully qualify Iacobucci J.'s characterization of this provision as imposing joint and several lia-

par l'entrepreneur. En conséquence, le commettant est tenu, en vertu de la Loi, d'agir à titre de caution relativement à l'obligation de l'entrepreneur envers la Commission. J'estime donc qu'il est plus exact de dire que cette disposition crée une forme de cautionnement légal involontaire. On peut certes soutenir que, lorsque la Commission juge le commettant responsable de la cotisation en cas de défaut de l'entrepreneur, ceux-ci sont solidairement responsables de cette cotisation, même si la disposition ne le prévoit pas expressément. Cependant, même cela ne serait qu'un accessoire du cautionnement légal prévu à l'art. 133.

Il est également clair que, même si, formellement, l'entrepreneur peut éventuellement être responsable de deux dettes, à savoir celle envers la Commission au titre de la cotisation impayée et la dette potentielle envers le commettant si ce dernier paie la cotisation en question, il reste qu'il s'agit d'une seule et même dette exigible de l'entrepreneur. L'entrepreneur ne peut être responsable des deux cumulativement. Il existe donc un lien indissociable entre la réclamation de la Commission contre l'entrepreneur et la réclamation potentielle du commettant contre l'entrepreneur. Ce point a été bien exposé par le lord juge Swinfen Eady lorsqu'il a examiné la nature du cautionnement dans *Re Melton; Milk c. Towers*, [1918] 1 Ch. 37, aux pp. 47 et 48, suivi dans *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294, à la p. 300 (C.A. Man.):

[TRADUCTION] En principe, il se peut qu'il y ait deux réclamations contre le débiteur à l'égard de l'opération et que cette dernière ait donné naissance à deux obligations distinctes du débiteur. L'une de ces obligations est celle que le débiteur a envers la banque relativement à l'argent qu'il lui doit. L'autre, qui constitue une obligation distincte découlant du contrat de garantie, est l'obligation du débiteur d'indemniser les cautions relativement à l'obligation qu'elles ont envers le créancier commettant. Il s'agit en principe de deux obligations distinctes, mais au fond c'est la même; il n'était pas possible, relativement à cette obligation, de réclamer deux fois contre la faillite. [Je souligne.]

En définitive, compte tenu du libellé de l'art. 133 qui crée une forme de cautionnement involontaire, j'apporterais en toute déférence une réserve à la qualification de solidaire que le juge Iacobucci

51

52

bility on the principal and the contractor for the unpaid assessments (see paras. 129, 183, 184).

attribue à la responsabilité imposée par cette disposition au commettant et à l'entrepreneur relativement aux cotisations impayées (voir les par. 129, 183 et 184).

53

With these preliminary remarks on the structure of the scheme of liability in s. 133 in mind, it is clear that when s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the combined operation of the statutory deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default and the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

En gardant à l'esprit ces remarques préliminaires sur l'économie du régime de responsabilité établi à l'art. 133, il est clair que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur. C'est ce qui se produit lorsque l'on conjugue la dette réputée que la loi impose au commettant en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur et le droit du commettant de faire des retenues et de s'indemniser sur les sommes dues à l'entrepreneur. En conséquence, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

54

Read in this way, s. 133 creates a straightforward security device. This device secures the claim of the Board. When s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3), the principal becomes nothing more than a conduit for transferring to the Board monies which are otherwise owed to the contractor. In other words, the principal essentially transfers an asset of the contractor (i.e., monies owing from the principal to the contractor) to the Board. This is because it is the contractor's liability for unpaid assessments which is imposed on the principal, and the contractor's monies which are withheld as security in order to be paid to the Board for the contractor's default. While s. 133(1) speaks of the principal's personal liability in the event of the contractor's default, the reality of the matter is that it is the contractor who is still liable, since as a result of s. 133(3) monies owing to the contractor are used to satisfy the debt owing to the Board. The contractor's patrimony is diminished to the extent of the liability to the Board for the unpaid assessment, whereas the size of the principal's patrimony remains unaffected. The net effect is thus that the contractor's liability is discharged out of its own property, and not from any property of the principal. The exercise of set-off, triggered by the

Suivant cette interprétation, l'art. 133 crée un simple instrument de garantie. Cet instrument garantit la réclamation de la Commission. Lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, le commettant ne devient rien d'autre qu'un intermédiaire dont le rôle est de transférer à la Commission des sommes par ailleurs dues à l'entrepreneur. En d'autres termes, le commettant se trouve essentiellement à transférer à la Commission un élément d'actif de l'entrepreneur (c.-à-d., les sommes qu'il doit à l'entrepreneur). Il en est ainsi parce que c'est l'obligation de l'entrepreneur au titre des cotisations impayées qui est imposée au commettant, et parce que ce sont les sommes de l'entrepreneur qui sont retenues à titre de garantie pour être versées à la Commission en cas de défaut de la part de l'entrepreneur. Bien que le par. 133(1) précise que le commettant est personnellement responsable en cas de défaut de la part de l'entrepreneur, il reste que c'est l'entrepreneur qui l'est toujours puisque, par application du par. 133(3), les sommes qui lui sont dues servent à régler la dette envers la Commission. Le patrimoine de l'entrepreneur se trouve diminué proportionnellement à la dette envers la Commission au titre des cotisations impayées, alors que celui du commettant demeure intact. En

deemed debt, thus has the effect of securing the Board's claim against the contractor's assets.

(ii) Does Section 133 Apply in Bankruptcy?

It is apparent that it is the set-off component of this device, s. 133(3), which effects a security interest in property of the contractor. But the right to set-off is triggered — and thus the security interest created — by the Board when it decides to create a deemed debt and impose liability on the principal for the contractor's liability. This right is, of course, perfectly valid outside of bankruptcy. The question is whether it continues to apply or operate in bankruptcy. In order to answer this question, a few words about the operation of set-off in bankruptcy are in order.

(a) *The Operation of Set-Off in Bankruptcy*

In *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), Fletcher Moulton L.J. stated what has become one of the most accepted rationales for allowing set-off in bankruptcy (at p. 178):

The right of set-off in bankruptcy has been dealt with by various statutes, but takes its origin from the fact that the jurisdiction in bankruptcy was from the first an equitable jurisdiction. The successive statutory formulations of the consequence of this principle, embodied in the clauses as to mutual credit, dealings, &, have never altered this fundamental principle, and, speaking for myself, I cannot see any ground why in the present instance the injustice should be perpetrated of making a person who in the balance is not a debtor to the estate pay in full the sum due to the estate and receive only a dividend on the sums due from the estate.

(See also *Fredericton Co-operative Ltd. v. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154 (N.B.K.B.), at pp. 157-58; *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Con-*

fin de compte, ce sont les biens mêmes de l'entrepreneur qui servent à acquitter sa dette et non ceux du commettant. L'exercice de compensation, auquel donne lieu la dette réputée, a donc pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

(ii) L'article 133 s'applique-t-il en matière de faillite?

Il est évident que c'est l'élément «compensation» de cet instrument, au par. 133(3), qui crée une garantie sur les biens de l'entrepreneur. Cependant, c'est la Commission qui déclenche l'application du droit à la compensation — et qui crée ainsi la garantie — lorsqu'elle décide d'établir une dette réputée et d'imposer au commettant une obligation relativement à la dette de l'entrepreneur. Ce droit est bien entendu parfaitement valide en dehors du contexte de la faillite. La question est de savoir s'il continue de s'appliquer en matière de faillite. Pour répondre à cette question, il convient de dire quelques mots au sujet de l'application de la compensation en matière de faillite.

a) *L'application de la compensation en matière de faillite*

Dans l'arrêt *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), le lord juge Fletcher Moulton a formulé ce qui est devenu l'une des justifications les plus acceptées de la compensation en matière de faillite (à la p. 178):

[TRADUCTION] Le droit de compensation en matière de faillite a été traité dans diverses lois, mais il tire son origine du fait que la compétence en cette matière était initialement une compétence d'*equity*. Les formulations légales successives de la conséquence de ce principe, incorporées dans les dispositions sur le crédit mutuel, les opérations, etc., n'ont jamais eu pour effet de modifier ce principe fondamental et, personnellement, je ne vois en l'espèce aucun motif de commettre l'injustice d'obliger une personne, qui, finalement, n'est pas un débiteur de la faillite, à payer toute la somme due au failli et à ne recevoir de la faillite qu'une quote-part des sommes dues.

(Voir aussi *Fredericton Co-operative Ltd. c. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154 (B.R.N.-B.), aux pp. 157 et 158; *Atlantic Acceptance Corp. c. Burns & Dutton*

55

56

struction (1962) Ltd. (1970), 14 D.L.R. (3d) 175 (Alta. C.A.), at p. 184; and, for a particularly thorough and helpful discussion of the issues relating to set-off in bankruptcy and insolvency, see Kelly R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), at pp. 157-223.)

57 In the bankruptcy context, a right to set-off necessarily has the effect of securing the claim of the party claiming set-off against assets of the bankrupt's estate. This was recently recognized in unambiguous terms by Lord Hoffman in his speech for the unanimous House of Lords in *Stein v. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961. His Lordship stated at p. 964:

Bankruptcy set-off . . . affects the substantive rights of the parties by enabling the bankrupt's creditor to use his indebtedness to the bankrupt as a form of security. Instead of having to prove with other creditors for the whole of his debt in the bankruptcy, he can set off pound for pound what he owes the bankrupt and prove for or pay only the balance.

58 The security character of set-off is also borne out in several academic authorities. John A. M. Judge and Margaret E. Grottenhaler note in their article "Legal and Equitable Set-Offs" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 91, in discussing equitable set-off, which alone operates in the context of an assignment (at p. 92):

The application of equitable set-off answers, in whole or in part, the plaintiff's claim. In this sense it has a self-help remedial aspect. Because equitable set-off applies as against an assignee, a security interest is effectively created in favour of the defendant which takes priority over the claim of the assignee. [Emphasis added.]

They later add (at p. 117):

If successful on his equitable set-off, the defendant's claim will be paid in full, or at least to the extent of the plaintiff's claim. Therefore, equitable set-off in effect

Construction (1962) Ltd. (1970), 14 D.L.R. (3d) 175 (C.A. Alb.), à la p. 184; et pour un examen particulièrement approfondi et utile des questions de compensation dans le contexte de la faillite et de l'insolvabilité, voir Kelly R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), aux pp. 157 à 223.)

Dans le contexte de la faillite, un droit à la compensation a nécessairement pour effet de garantir la réclamation de la partie qui invoque la compensation sur les biens de l'actif du failli. Cela a récemment été clairement reconnu par lord Hoffman dans les propos qu'il a tenus au nom de la Chambre des lords à l'unanimité, dans l'arrêt *Stein c. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961. Sa Seigneurie dit à la p. 964:

[TRADUCTION] La compensation en matière de faillite [. . .] touche les droits substantiels des parties en permettant au créancier du failli de se servir de sa dette envers le failli comme une forme de garantie. Au lieu d'avoir à faire une preuve avec les autres créanciers relativement à l'ensemble de sa créance dans la faillite, il peut opérer compensation pour une somme égale à sa dette envers le failli et faire seulement une preuve relative au solde ou payer ce solde.

Plusieurs auteurs reconnaissent également que la compensation tient d'une garantie. John A. M. Judge et Margaret E. Grottenhaler précisent dans leur article intitulé «Legal and Equitable Set-Offs» (1991), 70 *R. du B. can.* 91, relativement à l'examen de la compensation en *equity* qui est la seule à s'appliquer dans le contexte d'une cession (à la p. 92):

[TRADUCTION] L'application de la compensation en *equity* satisfait, en totalité ou en partie à la réclamation de la partie demanderesse. En ce sens, elle comporte un aspect d'autoredressement. Du fait que la compensation en *equity* s'applique contre un cessionnaire, il y a en réalité création d'une garantie en faveur de la partie défenderesse, qui a priorité sur la réclamation du cessionnaire. [Je souligne.]

Ils affirment plus loin (à la p. 117):

[TRADUCTION] Si la partie défenderesse réussit à faire appliquer la compensation en *equity*, sa réclamation sera réglée en totalité, ou tout au moins jusqu'à concurrence de la réclamation de la partie demanderesse. En conséquence, la compensation en *equity* donne en fait à un

gives an unsecured defendant priority over all secured and unsecured creditors.

Similarly, Palmer notes (*supra*, at p. 204):

... by allowing set-off to operate in a bankruptcy, an otherwise unsecured creditor can obtain a secured status and so can be paid the full value of the debt owed by the bankrupt before the general distribution of the estate to unsecured creditors.

Palmer also observes that the operation of set-off has been described as creating a "quasi-lien" against the cross-demand of the estate (Palmer, *supra*, at p. 206). The operation of set-off in bankruptcy can therefore be said to confer on the party claiming set-off a security interest or "quasi-lien" against assets of the bankrupt's estate.

Indeed, as a result of creating a type of security interest in the estate, the operation of set-off in bankruptcy has been the subject of academic criticism: see Palmer, *supra*, at pp. 204-7; Judge and Grottenthaler, *supra*, at p. 117; John C. McCoid, "Setoff: Why Bankruptcy Priority?" (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15, and for counterpoint, Philip T. Lacy, "Setoff and the Principle of Creditor Equality" (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951. The central criticism has been that while outside of bankruptcy set-off strikes a fair balance between two parties with mutual obligations, in bankruptcy the material inquiry should be the rights of the estate's creditors *inter se*. An inquiry which considers the rights of creditors *inter se* must necessarily consider a broader range of interests than an inquiry limited to ensuring fairness between only two parties (McCoid, *supra*, at p. 43). Thus, allowing set-off in bankruptcy has been considered as unfairly limiting the class of relevant interests. The concern has also been voiced that allowing set-off in bankruptcy (Judge and Grottenthaler, *supra*, at p. 117):

... is disruptive of a complex and sophisticated system developed for establishing priorities amongst creditors

créancier chirographaire défendeur priorité sur l'ensemble des créanciers garantis ou non.

De même, Palmer souligne (*op. cit.*, à la p. 204):

[TRADUCTION] ... en permettant l'application de la compensation dans un contexte de faillite, un créancier par ailleurs chirographaire peut obtenir un statut de créancier garanti et se faire payer en totalité le montant dû par le failli, et ce, avant le partage général de l'actif entre les créanciers chirographaires.

Palmer fait aussi remarquer que l'application de la compensation a été décrite comme créant un «quasi-privilege» relativement à la demande reconventionnelle de la faillite (Palmer, *op. cit.*, à la p. 206). On peut donc affirmer que l'application de la compensation en matière de faillite confère à la partie qui la demande une garantie ou un «quasi-privilege» sur les biens de la faillite.

Du fait qu'elle crée une sorte de garantie sur l'actif de la faillite, l'application de la compensation en matière de faillite a été critiquée par la doctrine: voir Palmer, *op. cit.*, aux pp. 204 à 207, Judge et Grottenthaler, *loc. cit.*, à la p. 117, John C. McCoid, «Setoff: Why Bankruptcy Priority?» (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15, et en contrepoint, Philip T. Lacy, «Setoff and the Principle of Creditor Equality» (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951. La principale critique est la suivante: alors qu'en dehors du contexte de la faillite, la compensation permet d'établir un juste équilibre entre deux parties ayant des obligations mutuelles, l'examen, en matière de faillite, devrait porter essentiellement sur les droits des créanciers de la faillite entre eux. Un examen qui tient compte des droits des créanciers entre eux doit nécessairement tenir compte d'un plus vaste éventail de droits qu'un examen qui ne vise qu'à garantir l'équité entre deux parties seulement (McCoid, *loc. cit.*, à la p. 43). On a considéré que permettre la compensation en matière de faillite restreint de façon inéquitable la catégorie d'intérêts pertinents. On s'est également préoccupé du fait que permettre la compensation en matière de faillite (Judge et Grottenthaler, *loc. cit.*, à la p. 117):

[TRADUCTION] ... perturbe un régime complexe conçu pour établir un ordre de priorité entre les créanciers de

of various types, particularly where registration of a secured interest is required.

This second concern is thus to the effect that allowing set-off gives a claimant the benefit of a security interest without imposing the important concomitant obligation of registering that interest.

60 While this academic debate is undoubtedly interesting, the fact remains that our Parliament has recognized in s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* that the "law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt". As a result, in the bankruptcy context, the law of set-off allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. Consequently, in this limited sense the party claiming set-off has Parliament's blessing for the "reordering" of his priority in bankruptcy by virtue of the operation of the law of set-off.

61 But there is an inherent limit to this deference to the provincial law of set-off. While the operation of set-off is permitted to allow for the party claiming set-off to recover from the estate ahead of the stipulated order of his claim under the *Bankruptcy Act*, it most emphatically is not permitted to allow for the operation of provincial legislation to reorder the priorities of third parties against the estate — and by "third parties" I do of course mean the priority of any person other than the person who claims set-off against the estate. If provincial legislation were to have this effect, on the consistent authority of the quartet it must be declared inapplicable in bankruptcy.

62 Indeed, the existence of such an intrinsic constitutional limit to the application of provincial law in relation to property and civil rights has also been found in the context of defining secured creditors. The *Bankruptcy Act* defines "secured creditor" in s. 2, but defers to provincial law for the purpose of creating secured claims. The quartet of cases in

divers types, notamment dans le cas où l'enregistrement d'un droit garanti est requis.

Dans ce cas, on s'inquiète du fait que permettre la compensation confère à un demandeur l'avantage d'une garantie sans qu'il n'ait à s'acquitter de l'obligation concomitante d'enregistrer ce droit.

Bien que ce débat théorique soit certainement intéressant, il reste que le législateur fédéral a reconnu, au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, que «[l]es règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli». Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent donc au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler la totalité de la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. En conséquence, dans ce sens restreint, le législateur fédéral autorise la partie qui invoque la compensation à «modifier» l'ordre de priorité qu'il a établi en matière de faillite, en raison de l'application des règles de la compensation.

Cependant, il existe une limite inhérente à ce respect envers les règles provinciales de la compensation. Bien que la compensation puisse permettre à la partie qui l'invoque d'être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, elle ne peut absolument pas être admise de façon à ce que l'application d'une loi provinciale modifie l'ordre de priorité des réclamations de tierces parties contre la faillite — et par «tierces parties», j'entends bien sûr la priorité de rang de toute personne autre que celle qui invoque la compensation sur l'actif de la faillite. Si la loi provinciale devait avoir cet effet, il faudrait, toujours en vertu du quatuor d'arrêts, la déclarer inapplicable en cas de faillite.

De fait, on a aussi conclu qu'il existait, dans le contexte de la définition des créanciers garantis, une telle restriction constitutionnelle intrinsèque à l'application du droit provincial relatif à la propriété et aux droits civils. La *Loi sur la faillite* définit l'expression «créancier garanti» à l'art. 2, mais s'en remet au droit provincial pour ce qui est

this Court decided that the provinces are entitled to define secured creditors as they wish for their own purposes, but in bankruptcy those definitions which have the effect of reordering the priorities in the *Bankruptcy Act* are simply without application. In the same vein, the law of set-off is permitted to operate, but only to the extent that provincial legislation purporting to create a set-off does not have the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of third parties against the estate. Federal deference to provincial law is thus necessarily limited by the order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

Differently put, to paraphrase Wilson J. in *Deloitte Haskins, supra*, at p. 806 (who in turn was discussing the ratio of this Court's decision in *Re Bourgault, supra*), the question in the case at bar is not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation by combining the instruments of deemed debt and set-off. It is whether the provincial legislation, even if it has created a proprietary interest, can defeat the scheme of distribution under s. 136 of the *Bankruptcy Act*. In the case at bar, it will defeat that scheme if it secures against the estate the claims of third parties whom Parliament has given a lower priority under s. 136.

The question in this appeal thus reduces to the following: does the operation of s. 133 have the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of any third parties against the estate?

(b) *Does Section 133 Affect Bankruptcy Priorities?*

Prior to bankruptcy, the security device created by s. 133(3) and triggered by s. 133(1) is, of course, perfectly within the province's jurisdiction. However, if applicable in the event of bankruptcy, it would enter into conflict with the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Parliament has

de créer des réclamations garanties. Dans le quatuor d'arrêts, notre Cour a décidé que les provinces ont le droit de définir à leurs propres fins, comme elles l'entendent, l'expression «créanciers garantis»; cependant, dans un contexte de faillite, les définitions qui ont pour effet de modifier l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* ne s'appliquent tout simplement pas. De la même façon, on admet que les règles de la compensation s'appliquent, mais seulement dans la mesure où les lois provinciales censées créer un droit de compensation n'ont pas pour effet de modifier l'ordre de priorité fédéral relativement aux réclamations de tierces parties contre l'actif. Le respect dont le fédéral doit faire preuve envers les lois provinciales est nécessairement limité par l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

En d'autres termes, pour paraphraser le juge Wilson dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, précité, à la p. 806 (qui y analysait le raisonnement de notre Cour dans *Re Bourgault*, précité), la question en l'espèce n'est pas de savoir si la loi provinciale pertinente a créé un droit de propriété en conjuguant les instruments de la dette réputée et de la compensation. Il s'agit plutôt de savoir si, même si elle a créé un droit de propriété, la loi provinciale peut contrecarrer le plan de répartition établi à l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, elle contrecarrera ce régime si elle confère une garantie sur l'actif aux réclamations de tierces parties, auxquelles le législateur fédéral a accordé un rang inférieur dans l'ordre de priorité établi à l'art. 136.

La question en litige se ramène donc à la suivante: l'application de l'art. 133 a-t-elle pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la loi fédérale relativement aux réclamations produites par des tierces parties contre l'actif?

b) *L'article 133 modifie-t-il l'ordre de priorité en matière de faillite?*

Avant une faillite, l'instrument de garantie, créé par le par. 133(3) et déclenché par le par. 133(1), relève parfaitement de la compétence de la province. Cependant, s'il était applicable en cas de faillite, il entrerait en conflit avec le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. Le législateur

63

64

65

expressly indicated in s. 136(1)(h) that “all indebtedness of the bankrupt under any Workmen’s Compensation Act” is to rank eighth in the list of preferred claims, to be distributed after the claims of secured creditors. By contrast, the combined effect of ss. 133(1) and (3) of the Saskatchewan *Workers’ Compensation Act, 1979*, is to secure the Board’s claim against the bankrupt’s estate ahead of its priority under the *Bankruptcy Act*. The two laws in their operation give rise to different and inconsistent orders of priority and are thereby in conflict. They operate as contrary directives as to the way assets on bankruptcy are to be distributed.

66

To explain how this result is effected, it is first important to remember that monies owing to the contractor but withheld by the principal are debts due to the bankrupt. They are thus unquestionably “property of the bankrupt” under the *Bankruptcy Act*, since s. 2 of the Act defines “property” to include “obligations”. The monies held back are simply accounts receivable of the bankrupt (see, for example, *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.; Miller v. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54, at p. 58 (Que. S.C.); L. W. Houlden and C. H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. 1993), vol. 1, at F§45; Lewis Duncan and John D. Honsberger, *Bankruptcy in Canada* (3rd ed. 1961), at pp. 307-8).

67

Next, it is accepted that where the principal retains monies owing to the contractor, the Board’s decision to deem the principal liable for the contractor’s assessment has the effect of allowing the principal a right of set-off against the bankrupt estate. This right of set-off allows the principal to realize on a security interest or “quasi-lien” against the estate. However, this process of realization has the effect of securing the Board’s claim against the estate. The estate is diminished to the extent of the contractor’s liability to the Board, and the Board is correspondingly enriched by an identical amount. The principal’s estate or patrimony remains unaffected. The Board’s claim

fédéral a expressément indiqué, à l’al. 136(1)h), que «toutes dettes contractées par le failli sous l’autorité d’une loi sur les accidents du travail» occupent le huitième rang dans la liste des réclamations privilégiées et passent après les réclamations des créanciers garantis. Par contre, les par. 133(1) et (3) de *The Workers’ Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan ont pour effet conjugué de colloquer plus favorablement la réclamation de la Commission contre l’actif du failli qu’elle ne le serait en vertu de la *Loi sur la faillite*. Ces deux lois, dans leur application, établissent des ordres de priorité différents et incompatibles et sont de ce fait en conflit. Elles donnent des directives contradictoires quant à la façon de partager les biens du failli.

Pour expliquer ce résultat, il est tout d’abord important de se rappeler que les sommes dues à l’entrepreneur mais retenues par le commettant sont des dettes envers le failli. Ce sont indéniablement des «biens d’un failli» au sens de la *Loi sur la faillite*, puisque le terme «biens» défini à l’art. 2 de la Loi inclut les «obligations». Les sommes retenues sont simplement des comptes débiteurs du failli (voir, par exemple, *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.; Miller c. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54, à la p. 58 (C.S. Qué.); L. W. Houlden et C. H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3^e éd. 1993), vol. 1, à F§45; Lewis Duncan et John D. Honsberger, *Bankruptcy in Canada* (3^e éd. 1961), aux pp. 307 et 308).

Ensuite, il est reconnu que, dans le cas où le commettant retient des sommes dues à l’entrepreneur, la décision de la Commission de considérer que le commettant est responsable de la cotisation de l’entrepreneur a pour effet d’accorder à ce commettant un droit de compensation sur l’actif du failli. Ce droit de compensation permet au commettant de réaliser une garantie ou un «quasi-privilège» sur l’actif. Cependant, cette réalisation a pour effet de garantir la réclamation de la Commission sur l’actif du failli. L’actif se trouve alors diminué de la somme que l’entrepreneur doit à la Commission, et la Commission, quant à elle, se trouve enrichie d’un montant identique. L’actif du

has thus been secured against the bankrupt estate, mediated through the legally compelled agency of the principal.

Nor, incidentally, can this process be justified by reference to the law of set-off. While the law of set-off incorporated by reference in s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* would permit the principal to secure its own claim against the estate, it does not permit the province to enact legislation which confers the same benefit on a third party, in this case the Board, since such legislation would have the effect of reordering priorities with respect to an entire class of preferred claims. We have consistently held that the deference to provincial law in the *Bankruptcy Act* does not extend to the reordering of claims against the estate. At that point, provincial law simply ceases to apply for intruding into an exclusive federal sphere. Such, then, must also be the fate of the impugned legislation in this appeal.

I therefore respectfully disagree with the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, in holding that ss. 9(3) and (4) of the *Ontario Workers' Compensation Act*, R.S.O. 1980, c. 539 (equivalent to Saskatchewan's ss. 133(1), (3) and (4)), are applicable in bankruptcy. The court reasoned (at pp. 748-49):

The principle is simple. The money owing under s. 9(3) is not property of the bankrupt and never comes into the hands of the trustee. The board is not required to make a claim under s. 136 of the *Bankruptcy Act*. The money comes to it under s. 9 of the *Workers' Compensation Act*. It is the *Bankruptcy Act* itself and not the provincial legislation that recognizes rights of set-off

commettant ou son patrimoine demeure intact. La réclamation de la Commission est donc garantie sur l'actif du failli, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi.

Incidentement, on ne peut non plus justifier ce processus en invoquant les règles de la compensation. Même si ces règles, incorporées par renvoi au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, permettaient au commettant de garantir sa propre réclamation contre l'actif, elles ne permettent pas à la province d'adopter des lois qui confèrent le même avantage à une tierce partie, en l'occurrence la Commission, étant donné qu'une telle loi aurait pour effet de modifier l'ordre de priorité relativement à toute une catégorie de réclamations privilégiées. Notre Cour a toujours statué que le respect envers le droit provincial, que l'on trouve dans la *Loi sur la faillite*, ne s'étend pas à la modification de l'ordre de priorité des réclamations produites contre l'actif. Dans un tel cas, le droit provincial cesse tout simplement de s'appliquer parce qu'il empiète sur un domaine de compétence fédérale exclusive. Alors, tel doit être également le sort de la loi attaquée en l'espèce.

En toute déférence, je ne souscris donc pas à la conclusion que la Cour d'appel de l'Ontario tire dans l'arrêt *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, lorsqu'elle statue que les par. 9(3) et (4) de la *Workers' Compensation Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, ch. 539 (équivalant aux par. 133(1), (3) et (4) de la loi de la Saskatchewan), sont applicables en matière de faillite. La Cour d'appel fait le raisonnement suivant (aux pp. 748 et 749):

[TRADUCTION] Le principe est simple. Les sommes dues en vertu du par. 9(3) ne constituent pas un bien du failli et ne se retrouvent jamais entre les mains du syndic. La commission n'est pas tenue de faire une réclamation en vertu de l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. Elle reçoit l'argent en vertu de l'art. 9 de la *Workers' Compensation Act*. C'est la *Loi sur la faillite* elle-même et non la loi provinciale qui reconnaît les droits de compensation . . .

A valid set-off, as defined under provincial law, would inevitably alter the priorities in a bankruptcy but that is what the *Bankruptcy Act* itself contemplates

The money in the case at bar has never (or should never have) come into the hands of the trustee. It is money that has been (and should remain) in the hands of the principals to compensate them for money that they are (or will be) bound to pay to the board.

70 The court thus concluded, first, that the principal paid the Board out of its own funds and not from property of the bankrupt. But this is only true in a trivial sense. When the set-off is effected, the estate is diminished to the extent of the indemnity and the principal's patrimony is entirely unaffected. The principal's "personal" liability is thus converted by set-off to a mere bookkeeping entry, and the debt satisfied by the estate. As a result, with respect, here the Ontario Court of Appeal has chosen form over substance.

71 Second, the court appeared to attach considerable importance to the fact that the monies owing should never have come into the "hands of the trustee". But with respect, the relevant question was simply whether these monies were property of the bankrupt, and not whether they were or should have been in the hands of the trustee. And since such monies are unquestionably property of the bankrupt, the Board has in effect secured its claim against the estate.

72 Third, and perhaps most importantly, the Ontario Court of Appeal concluded that the *Bankruptcy Act* itself recognizes set-off, and this will inevitably alter priorities in bankruptcy. With respect, the Court of Appeal's statement is overly broad. As already indicated, it is true that s. 97(3) allows the principal to secure his claim against the estate, whatever his priority under s. 136. In this limited sense, a "valid set-off, as defined under provincial law, would inevitably alter the priorities in a bankruptcy". Here, however, the effect is much broader, and entails securing by legislation the claim of a third party against the estate, thereby circum-

Une compensation valide, au sens de la loi provinciale, modifierait inévitablement l'ordre de priorité en matière de faillite, mais c'est précisément ce qu'envisage la *Loi sur la faillite* . . .

En l'espèce, l'argent ne s'est jamais retrouvé (ou n'aurait jamais dû se retrouver) entre les mains du syndic. C'est de l'argent qui était (et devrait demeurer) entre les mains des commettants pour les indemniser des sommes qu'ils sont (ou seront) tenus de verser à la commission.

La Cour d'appel a conclu, premièrement, que le commettant s'était servi de ses propres fonds et non des biens du failli pour payer la Commission. Cependant, cela n'est vrai qu'en apparence. Lorsque la compensation est opérée, l'actif se trouve diminué proportionnellement à l'indemnité et le patrimoine du commettant demeure intact. La compensation transforme donc la responsabilité «personnelle» du commettant en une simple écriture comptable, et l'actif sert à payer la dette. En toute déférence, il s'ensuit ici que la Cour d'appel a préféré la forme au fond.

Deuxièmement, la cour a paru accorder une importance considérable au fait que les sommes dues n'auraient jamais dû se retrouver entre [TRADUCTION] «les mains du syndic». Cependant, je tiens à préciser, en toute déférence, que la question pertinente était tout simplement de savoir si ces sommes étaient un bien du failli, et non si elles étaient ou auraient dû être entre les mains du syndic. Puisque ces sommes constituent indubitablement un bien du failli, la Commission a en fait garanti sa réclamation sur l'actif de la faillite.

Troisièmement, et c'est peut-être le point le plus important, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la *Loi sur la faillite* elle-même reconnaît l'application des règles de la compensation, et que cela modifiera inévitablement l'ordre de priorité en matière de faillite. En toute déférence, l'énoncé de la Cour d'appel est trop général. Comme je l'ai déjà indiqué, il est exact que le par. 97(3) permet au commettant de garantir sa réclamation sur l'actif, quel que soit son rang en vertu de l'art. 136. Dans ce sens restreint, une [TRADUCTION] «compensation valide, au sens de la loi provinciale, modifierait inévitablement l'ordre de priorité en

venting the order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

Differently put, in the bankruptcy context, the law of set-off simply allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. Set-off is simply a defence to the payment of a debt, not a basis for validating statutory security devices which have the effect of securing the claims of third parties against the estate. Indeed, the defensive character of set-off is reflected in the wording of s. 97(3) which stipulates that set-off applies to "all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt".

As a result, with the greatest respect, the reasoning of the Ontario Court of Appeal is flawed for applying provincial legislation which has the effect of securing against the estate an entire class of claims specifically given a lower priority by the *Bankruptcy Act*.

What is more, if the Ontario Court of Appeal's interpretation of s. 97(3) were correct, the consequences would be far-reaching. The provinces would, in effect, be entitled to create property interests which have the effect of subverting the federal scheme of distribution by purporting to validate them as set-offs. Nor is there any reason in principle why the provinces would be limited to rearranging federal priorities with respect to unpaid workers' compensation assessments. Each and every province would be licensed to create similar security devices to secure claims of their choosing, and thereby subvert entirely Parliament's chosen scheme of distribution. This prospect was repudiated by this Court in each of the cases in the bankruptcy quartet. The concerns voiced in those cases apply with equal force to this

matière de faillite». Ici, cependant, l'effet est beaucoup plus général, en ce que la loi se trouve à garantir la réclamation d'une tierce partie contre l'actif et à contourner ainsi l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

Autrement dit, dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent simplement au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler au complet la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. La compensation n'est qu'un moyen de défense opposable au paiement d'une créance; elle n'est pas un moyen de valider des instruments de garantie créés par la loi, qui ont pour effet de garantir les réclamations de tierces parties sur l'actif de la faillite. D'ailleurs, le libellé du par. 97(3) reflète l'aspect «moyen de défense» de la compensation, en précisant que les règles de la compensation s'appliquent à «toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli».

En toute déférence, le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario est erroné du fait qu'il rend applicable une loi provinciale qui a pour effet de garantir sur l'actif toute une catégorie de réclamations auxquelles la *Loi sur la faillite* attribue expressément une priorité de rang inférieure.

De plus, si l'interprétation que la Cour d'appel de l'Ontario donne au par. 97(3) était correcte, elle aurait des conséquences fort importantes. Les provinces seraient alors habilitées à créer des droits de propriété ayant pour effet de déjouer le plan fédéral de répartition, en prétendant les valider par le mécanisme de la compensation. Par ailleurs, il n'existe en principe aucun motif de limiter aux cotisations non payées à la caisse des accidents du travail la modification de l'ordre de priorité fédéral par les provinces. Chaque province serait autorisée à créer des instruments similaires pour garantir les réclamations de son choix, et à déjouer ainsi complètement le plan de répartition choisi par le législateur fédéral. Notre Cour a rejeté cette possibilité dans chacun des arrêts du quatuor sur la faillite. Les préoccupations exprimées dans ces arrêts s'ap-

73

74

75

appeal. To rule otherwise would be to invite a balkanization of the scheme of bankruptcy priorities across the country and to tolerate the evisceration of Parliament's exclusive jurisdiction over bankruptcy conferred by our Constitution. The provinces are not entitled to so proceed, and thereby do indirectly what they are prohibited from doing directly. Our courts must therefore be vigilant to scrutinize the substance of the interests created and not rest content with merely examining their form.

pliquent avec autant de vigueur en l'espèce. Décider le contraire inciterait à balkaniser l'ordre de priorité en matière de faillite à travers le pays et à tolérer l'éviscération de la compétence fédérale exclusive en matière de faillite, conférée par notre Constitution. Les provinces n'ont pas le droit de procéder de la sorte et de faire ainsi indirectement ce qu'il leur est interdit de faire directement. Nos tribunaux doivent donc veiller à examiner de près la substance des droits créés et ne pas se contenter d'en examiner simplement la forme.

76

I would add that apart from the security device created by the combined effect of ss. 133(1) and (3), s. 133(4) also has the effect of intruding into the exclusive federal sphere of bankruptcy. It will be recalled that s. 133(4) states that "[a]ll questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board". If allowed to apply in bankruptcy, this provision would have the effect of empowering a creditor of the estate (here the Board) to determine unilaterally the extent of its claim against the estate. As a result, the Board would be empowered to decide the size of the estate which is to remain available for the other secured, preferred and ordinary creditors. A province cannot empower a creditor of a bankrupt to determine the extent of a bankrupt's estate which is to be available for distribution. Thus, while otherwise perfectly valid provincial law, s. 133(4) is also inapplicable in the event of bankruptcy.

J'ajouterais qu'outre l'instrument de garantie créé par l'effet conjugué des par. 133(1) et (3), le par. 133(4) a aussi pour effet d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite. On se rappellera que le par. 133(4) prévoit que [TRADUCTION] «[l]a Commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant». Si on en permettait l'application en matière de faillite, cette disposition aurait pour effet d'habiliter un créancier de l'actif (en l'espèce la Commission) à déterminer unilatéralement l'étendue de sa réclamation contre l'actif. La Commission serait alors habilitée à déterminer la taille de l'actif qui devrait servir au paiement des autres créanciers garantis, privilégiés et ordinaires. Une province ne saurait permettre à un créancier d'un failli de déterminer la taille de l'actif d'un failli qui doit servir au partage. En conséquence, bien qu'il constitue une disposition législative provinciale par ailleurs parfaitement valide, le par. 133(4) est également inapplicable en cas de faillite.

77

At this point, I should perhaps stress that nothing I have said detracts from a province's authority to impose liability on a third party for a bankrupt's debt. What a province cannot do, however, is create a statutory security device which has the effect of reordering the priorities of distribution of the assets in the bankrupt's estate. In such a case, what is otherwise valid provincial legislation is simply without application upon the occurrence of bankruptcy. To repeat, it is the combined effect of the statutory deemed debt and the right to withhold (and then set off against) property of the bankrupt which secures the Board's claim against property of the bankrupt. It is for this reason that examining

Ici, je devrais peut-être souligner que les propos que j'ai tenus ne diminuent en rien le pouvoir d'une province d'imposer à une tierce partie la responsabilité de la dette d'un failli. Cependant, il est interdit à une province de créer un instrument légal de garantie qui a pour effet de modifier l'ordre de priorité applicable au partage des biens de l'actif du failli. Dans un tel cas, un texte législatif provincial par ailleurs valide n'est tout simplement pas applicable en situation de faillite. Je le répète, c'est l'effet conjugué de la dette réputée créée par la loi et du droit de rétention (et ensuite de compensation) applicable aux biens du failli, qui garantit la réclamation de la Commission contre les biens du

the constitutional validity of s. 133(1) separately from s. 133(3) fundamentally obscures the nature of the legal interest created. Such an approach misses that this is nothing but a straightforward security device triggered by the province for securing the Board's claim against the estate, in exactly the same way that breaking a contract of pledge into debt and bailment and examining the validity of these legal interests separately would obscure the essential character of pledge as a security device.

It is therefore my conclusion that s. 133 is inapplicable in bankruptcy for intruding into an exclusive federal sphere.

In the foregoing, I have proceeded on the basis that s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3), that is, that the principal has monies owing to the contractor which it can use as a basis for set-off when the Board deems it liable for the contractor's assessment. Where a principal has such monies owing, it was clearly the Legislature's intention that such a right to set-off be exercised in order that the contractor ultimately be responsible for its own assessment. In this sense, where both ss. 133(1) and (3) potentially apply on the facts of a given case, it was clearly the Legislature's intention that the right to set-off be exercised. As a result, in such a case s. 133 is inapplicable *in toto* against the bankruptcy.

However, there may be instances where the principal does not hold or retain any monies owing to the contractor. While the Court did not have the benefit of extensive submissions on this point, I believe it is quite plausible to conclude that the principal can then claim from the estate as a preferred creditor under s. 136(1)(h), since its claim is comprehended within "indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act". This would appear to be permissible because on its plain wording s. 136(1)(h) specifies only the nature of the claim and not the identity of the claimant. As a result, if only s. 133(1) applies, the Board has not secured its claim against the estate but recovers only from the principal. The scheme

failli. C'est pour ce motif qu'examiner la constitutionnalité du par. 133(1) séparément de celle du par. 133(3) dissimule radicalement la nature du droit créé. Une telle façon de procéder évite de constater qu'il ne s'agit de rien d'autre qu'un simple instrument de garantie déclenché par la province pour garantir la réclamation de la Commission sur l'actif, de la même façon que l'on éviterait de constater la nature essentielle du nantissement, comme instrument de garantie, si, pour en déterminer la validité, on examinait séparément les aspects «dette» et «dépôt» du contrat.

Je conclus donc que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite parce qu'il empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive.

Dans les paragraphes qui précèdent, j'ai tenu pour acquis que les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, c'est-à-dire que le commettant doit à l'entrepreneur de l'argent dont il peut se servir pour opérer compensation lorsque la Commission le tient responsable de la cotisation de l'entrepreneur. Il est clair que le législateur a voulu que, lorsqu'un commettant doit une telle somme, ce droit de compensation soit exercé de façon à ce que l'entrepreneur soit en fin de compte responsable du paiement de ses propres cotisations. En ce sens, il est clair que le législateur a voulu que le droit de compensation soit exercé lorsque les par. 133(1) et (3) peuvent s'appliquer dans une affaire donnée. En conséquence, dans un tel cas, l'art. 133 est entièrement inapplicable à la faillite.

Cependant, il peut y avoir des cas où le commettant ne détient pas ou ne retient pas des sommes dues à l'entrepreneur. Bien que notre Cour n'ait pas eu l'avantage d'entendre des arguments détaillés sur ce point, j'estime fort raisonnable de conclure que le commettant peut alors produire une réclamation dans la faillite en tant que créancier privilégié en vertu de l'al. 136(1)h) puisque sa réclamation fait partie des «dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail». Cela semblerait permis puisque, selon son libellé, l'al. 136(1)h) vise la nature de la réclamation et non l'identité de l'auteur de la réclamation. En conséquence, là où seul le par. 133(1) s'applique, la Commission n'a pas garanti sa récla-

78

79

80

of distribution of assets in the estate is thereby unaffected. In such a case, there is no constitutional reason why full effect should not be given to provincial law within its legitimate sphere of operation. I would therefore only read down s. 133 to the extent that in application it enters into conflict with the scheme of distribution in the *Bankruptcy Act*. Where s. 133(1) alone is engaged in a given case, the Board's claim against the principal continues to be fully applicable.

(c) *The Appropriate Remedy: Is Section 133 Inapplicable or Inoperative?*

81

I have already concluded that the impugned legislation must be declared inapplicable rather than inoperable in bankruptcy. I should perhaps explain that this is preferable for the simple reason that bankruptcy is an exclusive federal domain within which provincial legislation does not apply, as distinguished from areas of joint or overlapping jurisdiction where federal legislation will prevail, rendering provincial legislation inoperable to the extent of any conflict. However, as bankruptcy is carved out from the domain of property and civil rights of which it is conceptually a part, valid provincial legislation of general application continues to apply in bankruptcy until Parliament legislates pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to bankruptcy and insolvency. At that point, provincial legislation which conflicts with federal law must yield to the extent of the conflict (*Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (P.C.); *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504 (P.C.)) and it becomes inapplicable to that extent. Consistent with the presumption of constitutionality — that the enacting body is presumed to have intended to enact provisions which do not transgress the limits of its constitutional powers — the provincial law should be read down to the extent of the conflict. In other words, it should be interpreted so as not to apply to the matter that is outside the jurisdiction of the enacting body.

mation sur l'actif de la faillite, et elle ne recouvre qu'auprès du commettant. Le plan de répartition des biens de l'actif demeure ainsi intact. Dans un tel cas, il n'y a, du point de vue constitutionnel, aucun motif de ne pas donner plein effet à la loi provinciale à l'intérieur de son champ légitime d'application. Je ne donnerais donc une interprétation atténuée à l'art. 133 que dans la mesure où son application entre en conflit avec le plan de répartition de la *Loi sur la faillite*. Là où seul le par. 133(1) trouve application, la réclamation de la Commission contre le commettant continue d'être pleinement exécutoire.

c) *Le redressement approprié: l'article 133 est-il inapplicable ou inopérant?*

J'ai déjà conclu que la loi attaquée doit être déclarée inapplicable plutôt qu'inopérante en matière de faillite. Je devrais peut-être expliquer que cela est préférable pour le simple motif que la faillite est un domaine de compétence fédérale exclusive à l'intérieur duquel les lois provinciales ne s'appliquent pas, ce qui est différent des domaines où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, auquel cas la loi fédérale l'emporte et rend la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit. Cependant, puisque le domaine de la faillite est dégagé de celui de la propriété et des droits civils dont il relève au niveau conceptuel, une loi provinciale valide d'application générale continue de s'appliquer en matière de faillite jusqu'à ce que le législateur fédéral légifère conformément à sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité. À ce moment, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure où il y a conflit entre les deux (*Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (C.P.); *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504 (C.P.)) et devient inapplicable dans cette mesure. Conformément à la présomption de constitutionnalité — l'autorité législative étant présumée avoir eu l'intention d'adopter des dispositions à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle — la loi provinciale doit recevoir une interprétation atténuée dans la mesure du conflit. En d'autres termes, elle doit être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à la matière qui ne relève pas de la compétence de l'autorité qui l'a adoptée.

This, I believe, has been the trend of this Court's approach to matters of applicability and operability. For example, in refusing to apply the paramountcy doctrine in *Deloitte Haskins, Wilson J.* explained (at p. 807):

I think rather that the applicable principle is the one stated by Laskin C.J. in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, at p. 1065, to the effect that "if the provincial legislation is of general application, it will be construed so as not to apply to such enterprises", i.e., those within federal competence.

She concluded at p. 808:

I believe that the trend of the more recent authorities favours a restrictive approach to the concept of "conflict" and a construction of impugned provincial legislation, where this is possible, so as to avoid operational conflict with valid federal legislation. Where this is done both provisions can stand and have their own legitimate spheres of operation. In this sense I find no conflict between s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act*. I would accordingly answer the question as framed by stating that s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* applies to determine priorities on a bankruptcy and s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* has no application in such a situation.

Another way of explaining this approach is simply to say, with Lamer J. in *FBDB*, that "in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied" (at p. 1071).

This was also the Court's approach in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121. The case concerned the relationship between *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, security interests and the provincial procedural requirements for seizure under the Saskatchewan *Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16. Speaking for the Court, La Forest J. found the federal and provincial legislation to conflict in operation. However, he added at p. 155:

C'est là, à mon avis, la façon dont notre Cour a eu tendance à aborder les questions d'applicabilité et de caractère opérant. Par exemple, lorsqu'elle a refusé d'appliquer la règle de la prépondérance dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, le juge Wilson explique, à la p. 807:

Je crois plutôt que le principe applicable est celui qu'a formulé le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, à la p. 1065, selon lequel «si la législation provinciale est de portée générale, elle devra être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à ces entreprises», c.-à-d. celles qui relèvent de la compétence fédérale.

Elle conclut, à la p. 808:

Je crois que le courant doctrinal et jurisprudentiel le plus récent favorise une conception restrictive de la notion de «conflict» et, dans la mesure du possible, une interprétation de la loi provinciale contestée qui évite un conflit d'application avec la loi fédérale valide. Dans un tel cas, les deux dispositions peuvent subsister et avoir chacune leur sphère légitime d'application. En ce sens, je conclus qu'il n'y a aucun conflit entre le par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*. L'alinéa 107(1)h de la *Loi sur la faillite* ne rend pas ce paragraphe inopérant; ce dernier ne s'applique tout bonnement pas en cas de faillite, quand on l'interprète correctement. Par conséquent, la question formulée par le Juge en chef doit recevoir une réponse négative.

Une autre façon d'expliquer ce point de vue est de dire tout simplement qu'«en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application», pour reprendre les propos du juge Lamer dans l'arrêt *BFD* (à la p. 1071).

C'est également le point de vue que notre Cour a adopté dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121. Cet arrêt portait sur le rapport entre les sûretés établies par la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, et les conditions procédurales de saisie posées par la province de la Saskatchewan en vertu de sa *Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16. Le juge La Forest a conclu, au nom de notre Cour, qu'il existait une incompatibilité d'application entre la loi fédérale et la loi provinciale. Il ajoute cependant, à la p. 155:

82

83

84

I have dealt with this case on the basis of paramountcy to meet the arguments put forward by counsel. But the issue can, I think, be answered more directly. At the end of the day, I agree with counsel for the Attorney General of Canada that this is simply a case where Parliament, under its power to regulate banking, has enacted a complete code that at once defines and provides for the realization of a security interest. There is no room left for the operation of the provincial legislation and that legislation should, accordingly, be construed as inapplicable to the extent that it trenches on valid federal banking legislation.

In response to the third question, then, I would hold that ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act*, if interpreted to include a s. 178 security, conflict with ss. 178 and 179 of the *Bank Act* so as to render ss. 19 to 36 inoperative in respect of the security taken pursuant to s. 178 by a chartered bank. To put it another way, ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* are inapplicable to security taken pursuant to ss. 178 and 179 of the *Bank Act*. [Emphasis added.]

85 I fully endorse this approach, and am of the opinion that my colleague La Forest J.'s remarks apply *mutatis mutandis* to the present appeal. Parliament has enacted a complete code in the *Bankruptcy Act*, one which necessarily calls upon provincial law for its operation. But Parliament's invitation stipulates an important limitation at the threshold of its domain, namely, that provincial law simply cannot apply when to do so would entail subverting the federal order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

86 I therefore agree with the submissions of the Attorney General of Canada and find that s. 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) operates together with s. 133(3) as it trenches on valid federal bankruptcy legislation.

87 In view of Iacobucci J.'s statement at para. 162 that provincial "[l]egislation that is *intra vires* is permitted to have an incidental and ancillary effect on a federal sphere", I think it appropriate in concluding to summarize my view as to the proper constitutional analysis where federal and provin-

J'ai tranché cette affaire en fonction de la prépondérance pour répondre aux arguments présentés par les avocats. Mais je crois qu'on peut répondre plus directement à la question. En définitive, je partage l'avis de l'avocat du procureur général du Canada qu'il s'agit simplement d'un cas où le Parlement, en vertu de son pouvoir de réglementer les opérations bancaires, a adopté un code complet qui définit et prescrit à la fois la procédure de réalisation d'une sûreté. Il n'y a plus de place pour l'application d'une loi provinciale et cette loi devrait donc être interprétée comme étant inapplicable dans la mesure où elle empiète sur une loi fédérale valide en matière d'opérations bancaires.

Donc, en réponse à la troisième question, je suis d'avis de conclure que les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act*, interprétés de manière à inclure une sûreté visée par l'art. 178, entrent en conflit avec les art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* et sont inopérants à l'égard de garanties prises conformément à l'art. 178 par une banque à charte. En d'autres termes, les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* sont inapplicables à la garantie prise conformément aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques*. [Je souligne.]

Je suis tout à fait d'accord avec ce point de vue et j'estime que les remarques de mon collègue le juge La Forest s'appliquent *mutatis mutandis* au présent pourvoi. Le législateur fédéral a, dans la *Loi sur la faillite*, adopté un code complet qui fait nécessairement appel à la loi provinciale pour son application. Cependant, l'invitation du législateur fédéral comporte une importante restriction préliminaire: la loi provinciale ne peut tout simplement pas s'appliquer dans les cas où cela aurait pour effet de contrevenir à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* fédérale.

Je suis donc d'accord avec les arguments du procureur général du Canada et je conclus que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, du fait qu'il empiète alors sur une loi fédérale valide en matière de faillite.

Quant à l'affirmation du juge Iacobucci, au par. 162, qu'«[u]ne loi provinciale constitutionnelle peut avoir un effet incident et accessoire sur un domaine de compétence fédérale», je crois qu'il y a lieu pour moi de conclure par un résumé de mon opinion sur l'analyse constitutionnelle qu'il con-

cial legislation potentially conflict. One must first determine whether the laws are respectively valid federal or provincial legislation. If so, the actual operation of the laws must be examined to determine whether they are in operational conflict, that is, inconsistent or incapable of being fully complied with in a given situation. If they are in operational conflict, the federal legislation prevails and the provincial legislation is without effect to the extent of this conflict. If the operational conflict is in a field of exclusive federal jurisdiction, the provincial legislation will be inapplicable as being *ultra vires* to that extent. If the conflict is in an area of concurrent or overlapping jurisdictions, the provincial legislation will remain *intra vires* but be inoperative. To the extent that there is operational conflict, there is no room for an incidental or ancillary effect of provincial legislation. If, on the other hand, there is no operational conflict, then both laws continue to operate and both continue to have effect to the extent that operational conflict does not arise. Short of operational conflict, provincial law may validly have an effect on bankruptcy, as I have indeed acknowledged in observing that there is no bankruptcy "bottom line" without provincial law (at para. 30). In the present case, I have found clear operational conflict in that ss. 133(1) and (3) in their operation together entail a reordering or subverting of the federal order of priorities under the *Bankruptcy Act*. Such an intrusion into an exclusive federal sphere necessarily goes far beyond an incidental and ancillary effect. I believe this proposition runs through my reasons.

D. Residual Issues

Finally, as my colleague Iacobucci J. notes, before this Court the Bank of Montreal raised factual and legal issues which had not been raised in the courts below. Specifically, the Bank argued that Husky was not liable under s. 133 for payment of Metal Fab's assessments since the Board was

vient de faire en cas de possibilité de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale. Il faut d'abord décider s'il s'agit de lois fédérale et provinciale valides. Dans l'affirmative, il faut examiner leur application concrète pour déterminer s'il existe une incompatibilité d'application entre les deux, c'est-à-dire déterminer si les lois en cause sont incompatibles ou non susceptibles d'être respectées intégralement dans une situation donnée. En cas d'incompatibilité d'application, la loi fédérale l'emporte et la loi provinciale est sans effet dans la mesure du conflit. S'il existe une incompatibilité d'application dans un domaine de compétence fédérale exclusive, la loi provinciale sera inapplicable comme étant inconstitutionnelle dans cette mesure. Si le conflit se situe dans un domaine où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, la loi provinciale demeurera constitutionnelle, mais sera inopérante. Dans la mesure où il y a incompatibilité d'application, une loi provinciale ne peut avoir un effet incident ou accessoire. Par contre, s'il n'y a pas d'incompatibilité d'application, alors les deux lois continuent de s'appliquer et d'avoir effet dans la mesure où aucune incompatibilité d'application ne surgit. À moins d'une incompatibilité d'application, une loi provinciale peut valablement avoir une incidence sur la faillite, comme je l'ai effectivement reconnu en soulignant qu'en l'absence de droit provincial il n'existe pas de «résultat final» en matière de faillite (par. 30). En l'espèce, j'ai conclu qu'il existe une incompatibilité d'application manifeste vu que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* fédérale, ou d'y contrevenir. Un tel empiètement sur un domaine de compétence fédérale exclusive constitue nécessairement bien plus qu'un effet incident et accessoire. À mon avis, cette affirmation se dégage de l'ensemble de mes motifs.

D. Les questions qui restent à résoudre

Enfin, comme mon collègue le juge Iacobucci le fait remarquer, la Banque de Montréal a soulevé devant nous des questions de fait et de droit qui n'avaient pas été soulevées devant les tribunaux d'instance inférieure. Plus particulièrement, la Banque a soutenu que Husky n'était pas, en vertu

obliged to issue a demand against Metal Fab before issuing one against Husky. Similarly, the Board and the Bank argued that Husky cannot indemnify itself out of funds owing to Metal Fab since Husky received the demand from the Board after Metal Fab had given notice of assignment of its book debts to the Bank of Montreal. Since, as outlined, it is my opinion that s. 133 simply has no application in the event of bankruptcy, these threshold factual questions need not be addressed.

de l'art. 133, responsable du paiement des cotisations de Metal Fab puisque la Commission était tenue de présenter une demande de paiement à Metal Fab avant de s'adresser à Husky. De même, la Commission et la Banque ont fait valoir que Husky ne peut se servir des fonds dus à Metal Fab pour s'indemniser elle-même puisqu'elle a reçu la demande de paiement de la Commission après que Metal Fab eut donné avis de la cession de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal. Puisque, tel que je l'ai exposé, j'estime que l'art. 133 ne s'applique tout simplement pas en matière de faillite, je n'ai pas à répondre à ces questions de fait préliminaires.

89 With respect to Husky's further argument that it was not in breach of its statutory duty under s. 133 to ensure payment by Metal Fab, again this question need not be addressed since s. 133 has no application upon the occurrence of bankruptcy.

Quant à l'autre argument de Husky voulant qu'elle n'ait pas manqué à l'obligation, qui lui incombe en vertu de l'art. 133, de s'assurer que Metal Fab effectue son paiement, il n'est pas nécessaire non plus de trancher cette question puisque l'art. 133 ne s'applique pas en cas de faillite.

90 The Bank also argued that s. 133 should be interpreted to limit Husky's liability to unpaid workers' compensation assessments with respect to the specific work performed for Husky by Metal Fab, and not for all Metal Fab's outstanding unpaid assessments which includes work for other principals. While it is not necessary to answer this question given my disposition of this appeal, I agree with Iacobucci J. that the liability under s. 133 is limited to unpaid assessments in respect of work performed for Husky. This less Draconian interpretation is confirmed by the recent clarifying amendment to s. 133 which inserted the words "pursuant to this Act with respect to that work" after "contribute to the fund" (*The Workers' Compensation Amendment Act, 1993*, S.S. 1993, c. 63, s. 40).

La Banque a aussi soutenu que l'art. 133 devrait être interprété de façon à limiter la responsabilité de Husky aux cotisations non payées à la caisse des accidents du travail, relativement au travail que Metal Fab a exécuté précisément pour elle, et non de façon à ce qu'elle englobe toutes les cotisations impayées de Metal Fab, ce qui inclurait le travail effectué pour d'autres commettants. Bien que je n'aie pas à répondre à cette question compte tenu de mes motifs de décision, je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que la responsabilité en vertu de l'art. 133 se limite aux cotisations impayées relativement au travail accompli pour Husky. Cette interprétation moins draconienne est confirmée par la modification apportée récemment, pour plus de clarté, à l'art. 133, soit l'ajout des mots [TRADUCTION] «conformément à la présente loi relativement à ce travail» après «verser à la caisse» (*The Workers' Compensation Amendment Act, 1993*, S.S. 1993, ch. 63, art. 40).

IV. Disposition

IV. Dispositif

91 For the above reasons, I would answer the constitutional questions posed by Lamer C.J. as follows:

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Lamer:

Question: 1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

Answer: Yes. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3).

Question: 2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

Answer: Yes. Section 133 was inapplicable when Metal Fab entered bankruptcy.

I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

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

IACOBUCCI J. (dissenting) — The broad issue in this appeal is the extent to which a provincial statutory instrument can constitutionally assert itself in the bankruptcy context without entering into operational conflict with the federal *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3. The specific question at issue relates to the constitutional validity of ss. 133(1) and (3) of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1. These provisions permit the Workers' Compensation Board (the Board), in a situation where a contractor has failed to pay its Injury Fund contributions, to obtain these amounts from a principal of the contractor (subs. (1)). Subsection (3) permits the principal to indemnify itself from the delinquent contractor. It is argued in this case that ss. 133(1) and (3) are constitutionally non-operational in a situation where the contractor is bankrupt, especially when that bankrupt has assigned its estate to a secured creditor.

Question: 1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?

Réponse: Oui. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble.

Question: 2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

Réponse: Oui. L'article 133 était inapplicable lorsque Metal Fab a fait faillite.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. 92

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — La question générale qui se pose dans le présent pourvoi concerne la mesure dans laquelle un texte réglementaire provincial peut constitutionnellement s'appliquer dans le contexte d'une faillite sans donner lieu à une incompatibilité d'application avec la *Loi sur la faillite* fédérale, L.R.C. (1985), ch. B-3. La question particulière dont nous sommes saisis porte sur la constitutionnalité des par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan, S.S. 1979, ch. W-17.1. Ces dispositions permettent à la Workers' Compensation Board (la Commission), dans le cas où un entrepreneur a omis de payer ses cotisations à la caisse des accidents, d'obtenir ces montants d'un commettant de l'entrepreneur (par. (1)). Le paragraphe (3) permet au commettant d'être indemnisé par l'entrepreneur fautif. En l'espèce, on soutient que les par. 133(1) et (3) sont inopérants du point de vue constitutionnel dans le cas où l'entrepreneur est en faillite, notamment lorsque ce failli a cédé ses biens à un créancier garanti. 93

I. Background

94

Husky Oil Operations Ltd. (the principal, hereinafter "Husky") is an owner of a Bi-Provincial Heavy Oil Upgrader at Lloydminster, Saskatchewan. Husky entered into six contracts with Metal Fabricating & Construction Ltd. (the contractor, subsequently the bankrupt, hereinafter "Metal Fab") respecting the construction of the upgrader. Metal Fab made an assignment in bankruptcy before completing five of those contracts. At the time, Husky owed approximately \$800,000 to Metal Fab in the form of hold-backs and contractual debt. These sums were paid into court upon the commencement of the instant legal proceedings.

95

Metal Fab had not paid its required Workers' Compensation Fund contribution for the employees on its payroll. It was alerted to this effect by the Workers' Compensation Board on March 2, 1992 by a Notice of Assessment showing that \$208,850.50 was due and payable to the Board. Soon thereafter, the Bank of Montreal (the assignee) acquired a general assignment of book debts from Metal Fab for loans advanced to it. On March 12, 1992, Husky was notified of the Bank's security interest and told that it must pay to the Bank any amounts payable to Metal Fab. The Board was apprised of the ceasing of operations of Metal Fab on March 16, 1992. The Board then looked to Husky since s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, made Husky personally liable in respect of the amounts that Metal Fab had not paid to the Board, but, pursuant to the terms of subs. (3), Husky could recover those sums from Metal Fab. Metal Fab made an assignment in bankruptcy on March 19, 1992. The co-respondent, Deloitte & Touche Inc., was appointed trustee in bankruptcy. Subsequent audits conducted by the Board revealed the amount owing by Metal Fab to the Injury Fund to be \$246,745.26. Husky was advised of this increased amount by a letter, dated July 6, 1992. Under the assignment in bankruptcy, Metal Fab assigned a secured debt to the Bank of Montreal in the amount of \$1,745,837.

I. Contexte

Husky Oil Operations Ltd. (le commettant, ci-après «Husky») est propriétaire d'une usine biprovinciale de valorisation du pétrole lourd, à Lloydminster, en Saskatchewan. Husky a conclu six contrats avec Metal Fabricating & Construction Ltd. (l'entrepreneur, subséquentement failli, ci-après «Metal Fab») relativement à la construction de l'usine de valorisation. Metal Fab a fait cession de ses biens avant d'avoir achevé cinq de ces contrats. À l'époque, Husky devait approximativement 800 000 \$ à Metal Fab sous forme de retenues de garantie et de créance contractuelle. Ces sommes ont été consignées en cour au début des présentes poursuites.

Metal Fab n'avait pas versé au fonds d'indemnisation des accidents du travail la cotisation qu'elle était tenue de verser pour les employés inscrits sur sa liste de paye. C'est dans un avis de cotisation envoyé par la Commission, le 2 mars 1992, que Metal Fab a été informée qu'elle lui devait la somme de 208 850,50 \$. Peu après, la Banque de Montréal (le cessionnaire) a obtenu une cession générale des comptes débiteurs de Metal Fab pour les prêts qu'elle lui avait consentis. Le 12 mars 1992, Husky a été avisée de la garantie de la Banque et informée qu'elle devait lui verser tout montant payable à Metal Fab. La Commission a appris la cessation des opérations de Metal Fab le 16 mars 1992. Elle s'est alors adressée à Husky vu que le par. 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, rendait Husky personnellement responsable des montants que Metal Fab n'avaient pas payés à la Commission; cependant, conformément au par. (3), Husky pourrait recouvrer ces sommes auprès de Metal Fab. Cette dernière a fait cession de ses biens le 19 mars 1992. La cointimée, Deloitte & Touche Inc., a été nommée syndic de la faillite. Des vérifications ultérieures effectuées par la Commission ont révélé que Metal Fab devait à la caisse des accidents la somme de 246 745,26 \$. Husky a été informée de ce montant accru par lettre en date du 6 juillet 1992. Aux termes de la cession de ses biens, Metal Fab a cédé à la Banque de Montréal une créance garantie de 1 745 837 \$.

Husky and Metal Fab's creditors submit that the operation of s. 133 conflicts with s. 136 of the federal *Bankruptcy Act*, which sets out the priorities of creditors on bankruptcy. Normally in bankruptcy the amount owed by Husky to Metal Fab would be used to satisfy lienholders and the secured creditor Bank of Montreal according to the priorities established in the *Bankruptcy Act*. In the appeal at bar, the Board, given its lower priority, would effectively recover none of the money owed to it by Metal Fab. However, s. 133 of the *Workers' Compensation Act* permits the Board to recover its debt directly from Husky and allows Husky, in turn, to set this off from the amount owed to the bankrupt, thereby effectively reducing the amount of money available to the secured creditor and, it is submitted, improperly affecting the priority scheme established by the *Bankruptcy Act*.

The aims of the litigants can be summarized as follows:

- (1) Husky wants to avoid the operation of s. 133(1) but, if this provision is found to be valid, argues that s. 133(3) is also operative and, thus, Husky can set off the monies paid to the Board from the monies it owes the bankrupt.
- (2) The Bank's position is influenced by the fact that, since it is the principal secured creditor, any funds set off to Husky are wholly funds that, in the absence of the intervention of the Board, would accrue to the Bank. Consequently, the Bank is principally preoccupied with affirming the non-operability of s. 133(3), realizing, however, that were Husky not to have any liability to the Board then there would be no set-off issue in the first place.
- (3) The Board seeks the sums that the bankrupt should have paid to it all along. It relies on s. 133(1) of the provincial legislation and its creation of joint and several liability

Les créanciers de Husky et de Metal Fab soutiennent que l'application de l'art. 133 est incompatible avec l'art. 136 de la *Loi sur la faillite fédérale*, qui établit l'ordre de priorité des créanciers de la faillite. Normalement, dans une faillite, le montant dû par Husky à Metal Fab serait utilisé pour payer les titulaires d'un privilège et le créancier garanti, la Banque de Montréal, conformément à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, la Commission, en raison de son rang inférieur, ne recouvrerait, en fait, aucun des montants que lui doit Metal Fab. Cependant, l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act* permet à la Commission de s'adresser directement à Husky pour obtenir le paiement de sa créance, et à Husky d'opérer compensation entre ce paiement et tout montant dû au failli, ce qui a pour effet de réduire la somme que peut toucher le créancier garanti, et, soutient-on, de modifier irrégulièrement l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

Les buts visés par les parties au litige peuvent se résumer ainsi:

- (1) Husky veut éviter l'application du par. 133(1), mais elle soutient que, si cette disposition est jugée valide, le par. 133(3) s'applique également, et qu'elle peut donc opérer compensation entre les sommes payées à la Commission et celles qu'elle doit au failli.
- (2) La position de la Banque est influencée par le fait que, puisqu'elle est le principal créancier garanti, les fonds qui font l'objet d'une compensation par Husky sont tous des fonds qui lui reviendraient en l'absence de l'intervention de la Commission. En conséquence, la Banque tient surtout à affirmer que le par. 133(3) n'est pas applicable, tout en se rendant compte qu'il n'existerait, au départ, aucune question de compensation si Husky n'avait aucune responsabilité envers la Commission.
- (3) La Commission cherche à obtenir les sommes que le failli aurait dû lui verser en premier lieu. Elle se fonde sur le par. 133(1) de la loi provinciale et le fait que cette dis-

between the principal and contractor to this effect.

position établit, en ce sens, une responsabilité solidaire entre le commettant et l'entrepreneur.

98

By a fiat, dated September 9, 1992, Wedge J. of the Court of Queen's Bench of Saskatchewan held that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, was constitutionally inoperative because it altered the scheme of distribution specified in the *Bankruptcy Act*, the ordering of this scheme falling entirely within the legislative competence of Parliament. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed the Appellant Board's appeal from that decision. On April 28, 1994, leave to appeal was granted to this Court, [1994] 1 S.C.R. xii.

Le juge Wedge de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a, par voie d'autorisation en date du 9 septembre 1992, statué que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, était inopérant du point de vue constitutionnel parce qu'il modifiait le plan de répartition établi dans la *Loi sur la faillite*, qui relevait entièrement de la compétence législative fédérale. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de la Commission appelante contre cette décision. Le 28 avril 1994, une autorisation de pourvoi a été accordée par notre Cour, [1994] 1 R.C.S. xii.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

II. Les textes constitutionnels et législatifs pertinents

Constitution Act, 1867

Loi constitutionnelle de 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

(21) Bankruptcy and Insolvency.

(21) la faillite et l'insolvabilité;

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

(13) Property and Civil Rights in the Province . . .

(13) la propriété et les droits civils dans la province; . . .

The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1

133. — (1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board.

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3

97. . . .

(3) The law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

136. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows:

(h) all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act, under any Unemployment Insurance Act, under any provision of the *Income Tax Act* creating an obligation to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld, rateably; . . .

The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1

[TRADUCTION] 133. — (1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission.

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3

97. . . .

(3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

136. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli sont distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant:

h) toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail, d'une loi sur l'assurance-chômage, d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* créant une obligation de rembourser à Sa Majesté des sommes qui ont été déduites ou retenues, au prorata; . . .

III. Judgments Below

Court of Queen's Bench of Saskatchewan, per Wedge J. (1992), 104 Sask. R. 225

III. Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, le juge Wedge (1992), 104 Sask. R. 225

99 This decision consisted of a fiat on a non-suit application by Husky that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, was inapplicable to it.

Cette décision consistait à autoriser une demande de non-lieu présentée par Husky, selon laquelle l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, ne lui était pas applicable.

100 Wedge J. first reviewed the facts and found that s. 133(1) made Husky personally liable for the payments to the Board yet authorized it to recover these payments from Metal Fab, the contractor. The trial judge then went on to note that the questions at hand were: (1) whether, in a bankruptcy situation, s. 133 encroached upon the exclusive federal jurisdiction over bankruptcy; and (2) whether, if it did not, Husky was entitled to set off the amount it must pay to the Board against the monies held in court.

Le juge Wedge a d'abord examiné les faits et statué que le par. 133(1) rendait Husky personnellement responsable du montant dû à la Commission, tout en l'autorisant à se faire rembourser ces paiements par l'entrepreneur Metal Fab. Le juge de première instance a ensuite fait remarquer qu'il s'agissait de déterminer (1) si dans une situation de faillite, l'art. 133 empiète sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite, et (2) dans la négative, si Husky avait le droit d'opérer compensation entre le montant qu'elle devait payer à la Commission et les sommes consignées en cour.

101 Wedge J. answered the first question in the affirmative. She found assistance, in reaching her conclusion, in the decisions of this Court in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35 (hereinafter *Re Bourgault*) (later referred to by Wakeling J.A. as *Bourgault v. Quebec Deputy Minister of Revenue*), *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785, *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061 (*FBDB*), and *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, colloquially referred to as the "quartet". While acknowledging at p. 228 that "... these decisions are not directly on point where, as here, the claim by the provincial body, is against a third party — not the bankrupt", Wedge J. still felt they offered some guidance. In fact, the quartet, combined with some academic authority, lead her to conclude that provincial legislative initiatives are invalid simply when they affect the bankruptcy scheme.

Le juge Wedge a répondu par l'affirmative à la première question. Ce faisant, elle s'est appuyée sur ce qu'on appelle communément le «quatuor» d'arrêts de notre Cour *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 (ci-après *Re Bourgault*) (plus tard cité par le juge Wakeling de la Cour d'appel, sous le nom de *Bourgault c. Sous-ministre du Revenu du Québec*), *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061 (*BFD*), et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24. Tout en reconnaissant à la p. 228 que [TRADUCTION] «... ces arrêts ne sont pas tout à fait pertinents dans les cas où, comme en l'espèce, l'organisme provincial produit une réclamation contre une tierce partie — et non contre le failli», le juge Wedge a estimé qu'ils donnaient certaines indications. En fait, le quatuor d'arrêts, conjugué à certains articles de doctrine, l'a amenée à conclure que les mesures législatives provinciales ne sont invalides que lorsqu'elles touchent le régime de faillite.

Reference was also made to the Ontario case of *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712 (S.C.), where, according to Wedge J. at p. 228, McKeown J. "...relied upon the judgment of Madam Justice Wilson in *Deloitte Haskins* for the principle that provincial legislation cannot disturb the priority scheme in s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*." It was noted that McKeown J.'s reasoning in *Evelyn Stevens* was adopted by Lawton J. in *Serdula Construction Management Inc. v. Workers' Compensation Board*, Q.B. (Regina), Q.B.M. 126/91 (April 12, 1991), a case which also involved a claim under s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*. In *Serdula*, Lawton J. acknowledged that the *Evelyn Stevens* case was being appealed, but considered that McKeown J. had been correct. Wedge J. found the facts of the case at bar to be indistinguishable from those in *Serdula*. Ultimately, Wedge J. held that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, has no application in a bankruptcy scenario.

Wedge J. then turned to the second issue and questioned whether the set-off issue could be separated from the s. 133(1) issue. She concluded at p. 229:

If Husky does not have to pay the Board out of the monies in court, the amount available to the Trustee is not diminished, the priority scheme in the *Bankruptcy Act* is not altered and there is no conflict between the provincial and federal legislation. It is only subs. (3) of s. 133, taken together with subs. (1) which would have the effect of disturbing the priority scheme. Thus the whole of s. 133 is under attack in the constitutional issue.

Wedge J. went on to reject the argument that the set-off provision in s. 133(3) is not in conflict with the *Bankruptcy Act* because, in s. 97(3), the Act itself recognizes rights of set-off. She reasoned at pp. 229-30:

To interpret the general right of set-off in s. 97(3) as overriding the specific reference to Workers' Compensation payments in the order of priorities would, in my

Le juge Wedge a également mentionné la décision ontarienne *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712 (C.S.), dans laquelle, selon elle, le juge McKeown [TRADUCTION] «s'est fondé sur les motifs du juge Wilson, dans *Deloitte Haskins*, pour appliquer le principe voulant qu'une loi provinciale ne puisse modifier l'ordre de priorité établi au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*» (p. 228). Elle a fait remarquer que le raisonnement du juge McKeown, dans *Evelyn Stevens*, a été adopté par le juge Lawton dans *Serdula Construction Management Inc. c. Workers' Compensation Board*, B.R. Sask. (Regina), Q.B.M. 126/91 (12 avril 1991), une affaire qui concernait aussi une réclamation fondée sur l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*. Dans l'affaire *Serdula*, le juge Lawton a reconnu qu'un appel avait été interjeté dans l'affaire *Evelyn Stevens*, mais il a considéré que le juge McKeown avait raison. De l'avis du juge Wedge, les faits en l'espèce ne pouvaient être distingués de ceux de l'affaire *Serdula*. Le juge Wedge a finalement conclu que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, n'était pas applicable dans le contexte d'une faillite.

Le juge Wedge a ensuite examiné la deuxième question et s'est demandée si la question de la compensation pouvait être dissociée de celle du par. 133(1). Voici sa conclusion, à la p. 229:

[TRADUCTION] Si Husky n'a pas à payer la Commission sur les sommes consignées en cour, le montant dont dispose le syndic ne se trouve pas diminué, l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* n'est pas modifié et il n'y a pas d'incompatibilité entre la loi fédérale et la loi provinciale. Ce n'est que lorsqu'il est conjugué au par. (1) que le par. (3) aurait pour effet de modifier l'ordre de priorité. Par conséquent, c'est l'ensemble de l'art. 133 qui est attaqué dans la question constitutionnelle.

Le juge Wedge a ensuite rejeté l'argument selon lequel la compensation visée au par. 133(3) n'est pas incompatible avec la *Loi sur la faillite*, étant donné que le par. 97(3) de cette loi reconnaît des droits de compensation. Voici son raisonnement, aux pp. 229 et 230:

[TRADUCTION] À mon avis, considérer que le droit de compensation général, visé au par. 97(3), l'emporte sur la mention spécifique des paiements au titre des acci-

view, ignore the intention of the federal legislation, i.e. the standardization of bankruptcy priorities across Canada.

105 In the end, Wedge J. agreed with Lawton J. in *Serdula*. In the circumstances, she also found it unnecessary to decide the second issue given the interconnection between ss. 133(1) and (3), such that the invalidity of the former necessarily triggered the inoperation of the latter.

Saskatchewan Court of Appeal, per Wakeling J.A. (1993), 116 Sask. R. 46

106 The Court of Appeal for Saskatchewan dismissed the appeal by the Workers' Compensation Board.

107 Wakeling J.A. commenced his analysis by noting, at p. 47, that "[t]his appeal probes the extent to which provincial legislation may affect federal legislation relating to bankruptcy." It was noted that were s. 133 not to exist, the claim of the Board would rank eighth in priority and in many cases would go unpaid; if s. 133 is valid, the claim of the Board would be paid by the owner who would then have a claim against the bankrupt estate. According to Wakeling J.A. at p. 48, "[t]he net result is a clear advantage to the W.C.B. as it has managed to assure payment of its claim and leave it to the owner to struggle for repayment under the *Act* either claiming right of set-off or ranking at the bottom of the list of priorities as an unsecured creditor."

108 The observation was then made that the provinces are dissatisfied with the degree of priority s. 136 of the *Bankruptcy Act* provides them. Wakeling J.A., at p. 48, characterized this appeal as but one more attempt by a province "to circumvent the restriction which s. 136 of the *Act* has imposed on the ability of the W.C.B. to collect its claim."

dents du travail dans l'ordre de priorité ne tiendrait pas compte de l'intention de la loi fédérale, soit la normalisation de l'ordre de priorité en matière de faillite au Canada.

Le juge Wedge a, en fin de compte, souscrit à l'opinion du juge Lawton dans *Serdula*. Elle a également jugé inutile, dans les circonstances, de trancher la deuxième question compte tenu de la corrélation entre les par. 133(1) et (3), l'invalidité du premier entraînant nécessairement l'inapplication du second.

Cour d'appel de la Saskatchewan, le juge Wakeling (1993), 116 Sask. R. 46

La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de la Commission.

Le juge Wakeling a commencé son analyse en soulignant, à la p. 47, que [TRADUCTION] «[l]e présent appel porte sur la mesure dans laquelle une loi provinciale peut avoir une incidence sur la loi fédérale en matière de faillite.» Il a fait remarquer que, sans l'art. 133, la réclamation de la Commission serait colloquée au huitième rang et qu'elle demeurerait impayée dans bien des cas; si l'art. 133 est valide, la réclamation de la Commission serait réglée par le propriétaire qui aurait alors un recours contre l'actif du failli. Selon le juge Wakeling, [TRADUCTION] «[i]l en résulte un avantage clair pour la Commission puisqu'elle a réussi à obtenir le paiement de sa réclamation et à laisser au propriétaire le soin de se battre pour obtenir un remboursement en vertu de la *Loi*, que ce soit en invoquant un droit de compensation ou en occupant le dernier rang dans l'ordre de priorité, en tant que créancier non garanti» (p. 48).

Le juge a ensuite fait remarquer que les provinces ne sont pas satisfaites du rang que leur attribue l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. Le juge Wakeling a affirmé, à la p. 48, que l'appel ne constituait rien de plus qu'une autre tentative par une province [TRADUCTION] «de contourner la restriction que l'art. 136 de la *Loi* impose relativement à la capacité de la Commission de percevoir le montant de sa réclamation.»

Wakeling J.A. referred to the “quartet” decisions discussed by Wedge J. and held, at p. 50, that “[i]t is apparent from these cases that the Supreme Court has determined that where the federal powers over bankruptcy have been exercised in the [Bankruptcy] Act, it is not possible for provincial legislation to change the scheme of distribution which the Act has established.” Wakeling J.A. rejected the argument according to which s. 133 does not threaten the bankruptcy scheme since it merely permits a right of recovery against a third party surety, not the estate of the bankrupt. He noted that any third party caught by the Board order will want to seek repayment and will use the set-off and indemnification provisions to this effect, thereby interfering with the distribution of the bankrupt’s estate. He disagreed with the approach taken by the Ontario Court of Appeal in *Ontario (Workers’ Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, in which it was decided that similar legislation which had been contained in the Ontario *Workers’ Compensation Board Act*, R.S.O. 1980, c. 539, for many years was not in conflict with the federal bankruptcy scheme. As Wakeling J.A. elaborated, at p. 51:

It [the Ontario Court of Appeal] concluded that the provincial legislation worked to require the principal to make payment to the Board so that the Board having received payment had no claim under the Act against the bankrupt so it did not need to rely on s. 136. The principal then had a right to set off what it had paid the W.C.B. against what it would otherwise pay the trustee in bankruptcy but that the right of set-off did not constitute a conflict with the Act as it was specifically provided for under [s. 97(3) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*].

In Wakeling J.A.’s view, s. 97(3) was intended only to acknowledge and accept the application of the common law right of set-off as it has been developed over the years. To read more than a common law right of set-off into s. 97(3) would conflict with the *Henfrey Samson* decision. Furthermore, he observed that the Ontario Court of Appeal in *Evelyn Stevens* referred to only three members of the “quartet”, failing to make refer-

Le juge Wakeling a mentionné le «quatuor» d’arrêts examinés par le juge Wedge et a conclu, à la p. 50, qu’[TRADUCTION] «[i]l ressort de ces arrêts que la Cour suprême a décidé qu’une loi provinciale ne peut modifier le plan légal de répartition, dans le cas où les pouvoirs fédéraux en matière de faillite ont été exercés dans la *Loi [sur la faillite]*.» Le juge Wakeling a rejeté l’argument selon lequel l’art. 133 ne constitue pas une menace pour le régime de faillite puisqu’il confère simplement un droit de recouvrement auprès d’un tiers qui sert de caution, et non sur l’actif du failli. Il a précisé que tout tiers visé par l’ordonnance de la Commission voudra obtenir un remboursement et utilisera à cette fin les dispositions en matière de compensation et d’indemnisation, modifiant ainsi le partage de l’actif du failli. Il ne partageait pas le point de vue de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Ontario (Workers’ Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, où il a été décidé qu’une disposition similaire figurant, depuis de nombreuses années, dans la *Loi sur les accidents du travail* de l’Ontario, L.R.O. 1980, ch. 539, n’était pas incompatible avec le régime fédéral en matière de faillite. Comme le fait remarquer plus en détail le juge Wakeling, à la p. 51:

[TRADUCTION] Elle [la Cour d’appel de l’Ontario] a conclu que la loi provinciale avait pour effet d’exiger du commettant qu’il paie la Commission de sorte que celle-ci ne possède ensuite, du fait de ce paiement, aucun recours contre le failli en vertu de la *Loi* et qu’elle n’ait pas à invoquer l’art. 136. Le commettant avait alors le droit d’opérer compensation entre le montant versé à la Commission et celui qu’il paierait par ailleurs au syndic de la faillite; cependant, le droit de compensation n’était pas incompatible avec la *Loi* puisqu’il était explicitement prévu [au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*].

De l’avis du juge Wakeling, le par. 97(3) ne visait qu’à reconnaître et à accepter l’application du droit de compensation, reconnu en common law, tel qu’il avait évolué au fil des ans. Il serait incompatible avec l’arrêt *Henfrey Samson* d’affirmer que le par. 97(3) confère davantage que le droit de compensation reconnu en common law. Par ailleurs, il a fait remarquer que, dans *Evelyn Stevens*, la Cour d’appel de l’Ontario n’a men-

ence to the *FBDB* case which, in his mind, has considerable relevance to this case. Wakeling J.A. added that the *FBDB* judgment applied the *Bourgault, Henfrey Samson* and *Deloitte Haskins* reasoning to parties not directly involved in a bankruptcy.

tionné que trois des arrêts du «quatuor», omettant l'arrêt *BFD* qui, à son avis, était fort pertinent en l'espèce. Le juge Wakeling a ajouté que l'arrêt *BFD* appliquait le raisonnement suivi dans les arrêts *Re Bourgault, Henfrey Samson* et *Deloitte Haskins* à des parties non directement concernées dans une faillite.

111 In the end, Wakeling J.A. concluded, at pp. 52-53, that "[t]here is no way that the bankruptcy pie can be cut as a consequence of this legislation without disturbing the scheme of distribution established under s. 136 of the *Act*." In fact, he held that it could hardly be disputed that without the legislation the distribution would be different.

Le juge Wakeling a finalement conclu, aux pp. 52 et 53, que, [TRADUCTION] «[c]ompte tenu de cette disposition, il n'existe aucun moyen de partager l'actif de la faillite sans modifier le plan de répartition établi à l'art. 136 de la *Loi*.» En fait, il a statué que l'on ne pouvait guère contester que le partage serait différent en l'absence de cette disposition.

112 Deeming s. 133(1) to be invalid, Wakeling J.A. basically affirmed the approach taken by Wedge J. regarding the severance of the set-off provision. He found that the provision was to be struck as a whole, given that there is no apparent justification for a conclusion that the legislators would have intended the principal to pay in full whether or not a right of set-off was available.

Tenant le par. 133(1) pour non valide, le juge Wakeling a essentiellement confirmé le point de vue adopté par le juge Wedge relativement à la dissociation de la disposition sur la compensation. Il a décidé que la disposition devait être annulée en totalité, puisqu'il n'est apparemment pas justifié de conclure que le législateur aurait voulu que le commettant paie au complet, peu importe qu'un droit de compensation existe ou non.

IV. Issues on Appeal

IV. Les questions en litige

113 The issues in this appeal are set out in the constitutional questions stated by the Chief Justice on September 14, 1994:

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 14 septembre 1994:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?
2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)h, 148, 158a) et 198a) de cette loi?
2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

In my view, the gist of the appeal comes down to the following questions, as proposed by the appellants:

- (a) Is section 133(1) of *The Workers' Compensation Act* inoperative by reason of inconsistency with the *Bankruptcy Act*?
- (b) Is section 133(3) of *The Workers' Compensation Act* inoperative by reason of inconsistency with the *Bankruptcy Act*?
- (c) If section 133(3) is inoperative, does that render section 133(1) inoperative as well?

V. Analysis

For the reasons that follow, I would allow the appeal. Section 133(1) is valid even in a situation where the contractor is or becomes bankrupt; s. 133(3) is also valid in the bankruptcy context and permits the principal to set off the amount paid to the Board from funds that it owes to the bankrupt or assignee thereof. Although I am aware of the fact that the set-off involves monies constituting the property of the bankrupt and that it potentially interferes with the order of priorities established by s. 136, I find that s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* eliminates any operational conflict between s. 133(3) and the Act since the cause of action contemplated by s. 133(3) is ordinarily available at law and equity. Further, when s. 133(3) is used simply for purposes of indemnification and this is pursued by the principal joining the ranks of the unsecured creditors then I believe any resultant interference with the bankruptcy scheme to be so incidental that it falls outside of the scope of the "clear conflict" required to trigger invalidation through the paramountcy doctrine.

At the outset, I note that the respondent's submissions that s. 133 is in conflict with ss. 17(1), 67, 95, 148, 158(a) and 198(a) of the *Bankruptcy Act* are of little, if any, merit. Nor were they seriously pleaded before us. The crux of this appeal

À mon avis, il s'agit essentiellement en l'espèce de répondre aux questions suivantes, comme le proposent les appelants:

[TRANSDUCTION]

- a) Le paragraphe 133(1) de *The Workers' Compensation Act* est-il inopérant pour cause d'incompatibilité avec la *Loi sur la faillite*?
- b) Le paragraphe 133(3) de *The Workers' Compensation Act* est-il inopérant pour cause d'incompatibilité avec la *Loi sur la faillite*?
- c) Si le paragraphe 133(3) est inopérant, le paragraphe 133(1) l'est-il également de ce fait?

V. Analyse

Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais le pourvoi. Le paragraphe 133(1) est valide même dans le cas où l'entrepreneur est ou devient failli; le par. 133(3) est également valide dans le contexte d'une faillite et permet au commettant d'opérer compensation entre le montant versé à la Commission et celui qu'il doit au failli ou au cessionnaire des biens du failli. Bien que je sois conscient du fait que la compensation vise des sommes constituant les biens du failli et qu'elle risque de modifier l'ordre de priorité établi par l'art. 136, je suis d'avis que le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite* élimine toute incompatibilité d'application entre le par. 133(3) et la Loi puisque la cause d'action envisagée au par. 133(3) existe habituellement en common law et en *equity*. De plus, je crois que, dans les cas où le par. 133(3) est utilisé simplement à des fins d'indemnisation, ce qui se produit lorsque le commettant joint les rangs des créanciers non garantis, toute ingérence dans le régime de faillite qui en résulte est tellement accessoire qu'elle se situe hors du cadre du «conflit évident» nécessaire à une déclaration d'invalidité par application de la règle de la prépondérance.

D'emblée, je fais remarquer que les arguments de l'intimée selon lesquels l'art. 133 est incompatible avec le par. 17(1), les art. 67, 95 et 148 et les al. 158a) et 198a) de la *Loi sur la faillite* ne peuvent avoir que peu de valeur. Ils n'ont pas non plus été sérieusement débattus devant nous. C'est le par. 136(1) de la *Loi sur la faillite* qui est au cœur

114

115

116

involves s. 136(1) of the *Bankruptcy Act* and it is on this provision that I shall focus my attention.

A. *Paramountcy Doctrine*

117 Section 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, is valid provincial legislation enacted pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. Similarly, the *Bankruptcy Act* is *intra vires* the legislative purview of Parliament, specifically s. 91(21) of the Constitution: *Attorney-General of Ontario v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.), at p. 197; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, affirming [1926] S.C.R. 218. To this end, the constitutional issue herein asks whether s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, is rendered inoperative by virtue of a conflict with the *Bankruptcy Act*. In a situation where there is clear operational conflict between valid federal and provincial legislation, the doctrine of paramountcy requires that the provincial legislation be, to the extent of the conflict, declared inoperative. It is upon this doctrine that the respondent relies.

118 I underscore that, in order to be triggered, the doctrine of paramountcy requires very clear conflict. As noted by Dickson J. (as he then was) in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"

119 Conflict for purposes of paramountcy analysis is found when compliance with the enactment of one level of government entails defiance with that of the other: *McCutcheon, supra*, at p. 191. There must be a situation where one cannot be able to obey the law of one level of government without disobeying the law of the other level of government: *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

120 The requirement that clear operational conflict be found effectively narrows the situations in

du présent pourvoi et c'est sur cette disposition que je vais me concentrer.

A. *La règle de la prépondérance*

L'article 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, est une disposition législative provinciale valide qui a été adoptée conformément au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De même, la *Loi sur la faillite* relève de la compétence législative fédérale et, plus particulièrement, du par. 91(21) de la Constitution: *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (C.P.), à la p. 197; *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, confirmant [1926] R.C.S. 218. À cette fin, la question constitutionnelle posée en l'espèce vise à déterminer si l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, est rendu inopérant en raison d'un conflit avec la *Loi sur la faillite*. Dans un cas où il y a clairement un conflit d'application entre une loi fédérale et une loi provinciale, toutes deux valides, la règle de la prépondérance exige que la loi provinciale soit déclarée inopérante dans la mesure du conflit. C'est cette règle que l'intimée invoque.

Je tiens à souligner que, pour que la règle de la prépondérance s'applique, il doit exister un conflit très évident. Comme le fait remarquer le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, à la p. 191:

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; . . .

Pour les fins de l'analyse de la prépondérance, il y a conflit lorsque l'observance d'une loi d'un palier de gouvernement entraîne l'inobservance de celle de l'autre palier de gouvernement: *McCutcheon*, précité, à la p. 191. Il doit s'agir d'un cas où quelqu'un ne peut se conformer à la loi d'un palier de gouvernement sans désobéir à la loi de l'autre palier de gouvernement: *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

Puisqu'il doit clairement exister un conflit d'application, il y aura en fait peu de cas où l'on consi-

which federal legislation will be deemed to be paramount over provincial enactments. The rationale behind this restrictive use of paramountcy is self evident: governmental regulation in Canada operates through a complex web of federal and provincial legislation. The regimes structuring many areas of public policy, such as, bankruptcy, actively involve both levels of government. To this end, barring a situation where obeying the enactment of one level places a citizen in disobedience of the legislation of the other level, an attempt must be made to read overlapping provincial and federal legislation in a complementary manner.

I am buttressed in this approach by the general comments of Dickson C.J. in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641. Although the *GM* case specifically involved validating legislation under the federal trade and commerce power, I find the following passage from Dickson C.J.'s reasons (at pp. 669-70) to be apposite to this appeal:

... it should be remembered that in a federal system it is inevitable that, in pursuing valid objectives, the legislation of each level of government will impact occasionally on the sphere of power of the other level of government; overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state. Thus a certain degree of judicial restraint in proposing strict tests which will result in striking down such legislation is appropriate

Both provincial and federal governments have equal ability to legislate in ways that may incidentally affect the other government's sphere of power.

In the case at bar, the courts below did not demonstrate the appropriate level of judicial restraint in their application of paramountcy doctrine. In my view, courts should carefully look for co-existence, not strive to find conflict.

dérera qu'une loi fédérale a prépondérance sur des lois provinciales. La raison d'être du recours restreint à la prépondérance est évidente en soi: la réglementation gouvernementale au Canada s'inscrit dans le cadre de tout un ensemble complexe de lois fédérales et provinciales. Les deux paliers de gouvernement participent activement à l'établissement des régimes applicables à de nombreux domaines d'intérêt public comme celui de la faillite. À cette fin, sauf dans le cas où l'observance de la loi d'un palier de gouvernement par un citoyen entraîne son inobservance de la loi de l'autre palier de gouvernement, il faut tenter d'interpréter de façon complémentaire les lois fédérales et provinciales qui chevauchent.

Les commentaires généraux du juge en chef Dickson dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, appuient mon point de vue. Bien que cet arrêt ait porté expressément sur la validation d'une loi en vertu de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce, j'estime que l'extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson (aux pp. 669 et 670) est pertinent en l'espèce:

... il faut se rappeler que, dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier du gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral. Il est donc approprié que les tribunaux exercent une certaine forme de retenue quand ils proposent des critères stricts qui auront pour effet d'invalider de telles mesures législatives . . .

Les gouvernements fédéral et provinciaux partagent la même capacité de légiférer de façons qui peuvent accessoirement toucher au domaine de compétence de l'autre.

En l'espèce, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas fait preuve de la retenue qui s'impose en appliquant la règle de la prépondérance. À mon avis, les tribunaux devraient chercher avec soin la coexistence et non pas s'efforcer de déceler des conflits.

B. *The History and Purpose of Workers' Compensation Legislation in Canada*

B. *L'historique et l'objet de la législation sur les accidents du travail au Canada*

123 The disposition of this appeal requires not only a sensitivity to the true nature of the paramountcy doctrine, but also an appreciation of the history and purpose of workers' compensation legislation.

Pour statuer sur le présent pourvoi, il faut non seulement tenir compte de la nature véritable de la règle de la prépondérance, mais encore de l'historique et de l'objet de la législation sur les accidents du travail.

124 Workers' compensation legislation creates a "no fault" system of benefits whereby injured workers are guaranteed compensation in connection with their injuries. As noted by the Workers' Compensation Board of Alberta, the concept of workers' compensation in Canada was introduced in order to elevate Canadian society from an industrial "state of nature".

La législation sur les accidents du travail crée un régime d'indemnités sans égard à la responsabilité, qui garantit aux travailleurs blessés une indemnité pour leurs blessures. Comme l'a fait remarquer la Workers' Compensation Board de l'Alberta, le concept de l'indemnisation des accidents du travail a été établi au Canada pour sortir la société canadienne d'une «période de dénuement» pour les travailleurs.

125 In *Medwid v. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272 (Ont. H.C.), at pp. 280-81, Montgomery J. described this "state of nature" as follows:

Dans la décision *Medwid c. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272 (H.C. Ont.), aux pp. 280 et 281, le juge Montgomery décrit ainsi cette «période de dénuement»:

... in the years before there was workers' compensation. Economic necessity compelled people to work long hours, under conditions more hazardous than they would freely choose and without any opportunity to provide for their own personal safety. The physical conditions, equipment and work methods of the day often increased the likelihood of accidents and decreased the likelihood of recovery in tort. As many as half of the work place accidents were found to result from the hazards of the work place, not from anyone's fault. When an employer was at fault, he could erect the common law defences of contributory negligence and voluntary assumption of risk to insulate himself from liability. Both of those defences, though available generally, operated with particular harshness in the work place, because despite the dangers of the work place and the work tasks there were no real alternatives open to the worker. In addition, employers alone could assert the defence of common employment to neutralize claims based on the fault of a worker's fellow employees. All of these defences operated as absolute bars to recovery; all remain part of Ontario law, except where suppressed or modified by statute. Finally, even successful worker-plaintiffs had no assurance of meaningful recovery. Wealthy employers could often exhaust the worker's resources in a series of appeals. Legal fees and other costs reduced the amount realized from any award.

[TRADUCTION] ... au cours des années antérieures à l'indemnisation des accidents du travail. Les gens devaient par nécessité économique travailler pendant de longues heures, dans des conditions plus dangereuses qu'ils n'auraient librement choisi et sans possibilité de pourvoir à leur propre sécurité personnelle. Les conditions matérielles, l'équipement et les méthodes de travail de l'époque augmentaient souvent le risque d'accidents et diminuaient la possibilité d'un recouvrement fondé sur la responsabilité civile délictuelle. Jusqu'à la moitié des accidents du travail était imputable aux dangers que posait le milieu de travail, et non à la faute de quelqu'un. Lorsqu'un employeur était fautif, il pouvait invoquer la négligence contributive et l'acceptation du risque comme moyens de défense, reconnus en common law, pour échapper à toute responsabilité. Ces deux moyens de défense, même s'ils pouvaient être invoqués de manière générale, étaient appliqués d'une façon particulièrement rigoureuse en milieu de travail, parce que, malgré les dangers du milieu de travail et du travail même, le travailleur n'avait pas de véritables choix à faire. En outre, seul l'employeur pouvait soulever la communauté d'emploi comme moyen de défense pour faire contrepoids aux réclamations d'un travailleur fondées sur la faute d'un collègue. Tous ces moyens de défense avaient pour effet d'empêcher de manière absolue tout recouvrement; ils font encore tous partie du

Impecunious employers often could not pay the judgments against them. For slow developing industrial disease claims, workers might find their employers had gone out of business or disappeared.

In effect, the workers' compensation system involves an historic compromise. On the one hand, employees give up their rights of action against employers and other workers in exchange for benefits regardless of fault. On the other hand, employers are relieved of certain liabilities involving their employees but are obliged to fund wholly the burden of compensating injured workers through assessments paid to the Injury Fund. This compromise emanated from the 1913 Meredith Report, which constitutes the conceptual base for all workers' compensation legislation in Canada. In *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, affirmed [1989] 1 S.C.R. 922, the Newfoundland Court of Appeal, at p. 509, summarized the funding scheme proposed by Meredith as follows:

... Meredith recommended that Ontario model its legislation after the German system which emphasized the duty of the state to provide sustenance and support to injured workers through a collective, no-fault, industry-funded insurance scheme by means of a regulated accident fund

The strength of the fund is thus key to the viability of the workers' compensation system. In turn, the financial integrity of the Workers' Compensation program depends on an effective means of ensuring that sufficient monies are paid into the Injury Fund. It is here that s. 133 plays a key role. It, along with other devices such as statutory liens, ensures that the Injury Fund continues to be

droit ontarien, sauf dans la mesure où ils ont été supprimés ou modifiés par la loi. Enfin, même les demandeurs-travailleurs qui avaient gain de cause ne disposaient d'aucune garantie de recouvrement utile. Les employeurs riches pouvaient souvent épuiser les ressources du travailleur au moyen d'une série d'appels. Les frais de justice et autres avaient pour effet de diminuer le montant obtenu. De plus, souvent des employeurs pauvres n'étaient pas en mesure de payer les montants qu'ils avaient été condamnés à verser. Dans le cas de réclamations relatives à des maladies professionnelles à progression lente, le travailleur pouvait découvrir que son employeur n'était plus en affaires ou avait disparu.

En fait, le régime d'indemnisation des accidents du travail comporte un compromis historique. D'une part, l'employé renonce à son droit d'action contre son employeur et d'autres travailleurs en contrepartie d'indemnités sans égard à la responsabilité. D'autre part, l'employeur est relevé de certaines responsabilités relatives à ses employés, mais est tenu d'assumer en totalité la responsabilité de l'indemnisation des travailleurs blessés grâce aux cotisations versées à la caisse des accidents. Ce compromis émane du rapport Meredith de 1913, qui constitue le fondement conceptuel de l'ensemble des lois sur l'indemnisation des accidents du travail au Canada. Dans *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, confirmé par [1989] 1 R.C.S. 922, la Cour d'appel de Terre-Neuve résume, à la p. 509, le régime de financement proposé par Meredith:

[TRADUCTION] . . . Meredith a recommandé que l'Ontario calque sa loi sur le régime allemand qui met l'accent sur l'obligation de l'État de fournir des moyens de subsistance et un soutien aux travailleurs blessés, grâce à un régime d'assurance collectif sans égard à la responsabilité, financé par l'industrie au moyen d'une caisse des accidents réglementée.

La santé de la caisse est donc la clé de la viabilité du régime d'indemnisation des accidents du travail. Par contre, l'équilibre financier du programme d'indemnisation des accidents du travail dépend de l'existence d'un moyen efficace de garantir que des fonds soient versés en quantité suffisante à la caisse des accidents. C'est ici que l'art. 133 joue un rôle clé. Grâce à cette disposition

replenished and remains solvent. This is accomplished by holding principals liable for the unpaid dues of contractors because, from the perspective of the workers, both contractors and principals are "employers". Moreover, from the point of view of rudimentary economic analysis, both gain from the surplus value of the workers' labour. Without the existence of effective methods to finance the Injury Fund, the workers' compensation system is emptied of any content and the "historical compromise" is rendered meaningless. Provisions such as s. 133 further the policy choice to shift losses for unpaid premiums from the Board and workers to principals. Workers' compensation legislation strives to visit the costs of industrial disease, death and injury on the employer community which exposes its workforce to those risks. An attempt is made to spread responsibility for those costs amongst multiple employers engaged in a single project.

et à d'autres instruments comme les privilèges d'origine législative, la caisse des accidents continue d'être réapprovisionnée et solvable. Pour ce faire, les commettants sont tenus responsables des cotisations impayées des entrepreneurs parce que, du point de vue des travailleurs, tant l'entrepreneur que le commettant sont des «employeurs». En outre, du point de vue d'une analyse économique rudimentaire, les deux tirent profit de la valeur excédentaire du labeur des travailleurs. En l'absence de méthodes efficaces de financement de la caisse des accidents, le régime d'indemnisation des accidents du travail devient futile et le «compromis historique» perd tout son sens. Des dispositions comme l'art. 133 appuient le choix de principe de faire assumer par les commettants, plutôt que par la commission et les travailleurs, les pertes au titre des primes impayées. La législation sur l'indemnisation des accidents du travail s'efforce de faire assumer les coûts relatifs aux maladies professionnelles et aux décès et blessures de travailleurs par le milieu des employeurs qui expose sa main-d'œuvre à ces risques. On tente de répartir la responsabilité de ces coûts entre les divers employeurs qui participent à un projet commun.

128

On a related note, I would, with respect, expressly reject Wakeling J.A.'s characterization at p. 48 of this case as "... one more attempt by a province to circumvent the restriction which s. 136 of the *Act* has imposed on the ability of the W.C.B. to collect its claim." To the extent that Wakeling J.A.'s remarks are aimed at criticizing the province for enacting the impugned legislation with that object in mind, I cannot agree. There is no basis in law or history to ascribe such a pejorative intent to s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*. I note that the original precursor to s. 133 was enacted in 1911 (*The Workmen's Compensation Act, S.S. 1910-11, c. 9, s. 9*), well before the introduction of *The Bankruptcy Act* in 1919 (S.C. 1919, c. 36) and of the original version of s. 136(1)(h) which was enacted in 1921 (*The Bankruptcy Act Amendment Act, 1921, S.C. 1921, c. 17, s. 39*).

Dans la même veine, je suis d'avis, en toute déférence, de rejeter expressément l'affirmation du juge Wakeling, à la p. 48, voulant que la présente affaire ne constitue qu'[TRADUCTION] «... une autre tentative par une province de contourner la restriction que l'art. 136 de la *Loi* impose relativement à la capacité de la Commission de percevoir le montant de sa réclamation.» Je ne saurais être d'accord dans la mesure où les remarques du juge Wakeling visent à reprocher à la province d'avoir eu cette intention à l'esprit en adoptant la mesure législative contestée. Il n'y a aucune raison juridique ou historique de prêter une intention aussi péjorative à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*. Je souligne que le libellé initial de l'art. 133 a été adopté en 1911 (*The Workmen's Compensation Act, S.S. 1910-11, ch. 9, art. 9*), bien avant l'adoption de la *Loi de faillite* en 1919 (S.C. 1919, ch. 36) et de la première version de l'al. 136(1)(h), adoptée en 1921 (*Loi modifiant la Loi de faillite, 1921, S.C. 1921, ch. 17, art. 39*).

From another angle, the present wording of s. 133 is essentially unchanged from the modifications made to s. 9 of the 1910 Act in the 1929 *Workmen's Compensation Act*, S.S. 1928-29, c. 73, s. 11. Now, s. 11 of the 1929 Act was modelled directly on the contemporaneous provisions of the Ontario *Workmen's Compensation Act*, R.S.O. 1927, c. 179, s. 10, these being originally enacted in 1915 and 1919: S.O. 1914, c. 25, s. 10, as amended by S.O. 1915, c. 24, s. 5, and S.O. 1919, c. 34, s. 4(2). The creation of joint and several liability as between contractors and principals for the contractor's unpaid compensation debts (as well as the concomitant right to indemnification) thus pre-dates the scheme of priorities established by bankruptcy legislation. Consequently, there could not have been, at the time of enacting workers' compensation legislation, a desire to undermine federal bankruptcy arrangements nor circumvent the priority scheme.

It is helpful to recall that s. 133 is not addressed specifically to situations in which the contractor is bankrupt, although such a situation may occasionally arise on the facts as it does here. Principally, s. 133 is aimed at granting the Board an alternate route to obtain the funds that, but for the delinquency, absconding or unscrupulousness of the contractor, it would ordinarily have received. Clearly, when the contractor and principal have a working relationship, it is easier for the principal to recover the monies from the contractor than it is for the Board since it is the principal who pays the contractor for work completed.

This review of the legislative history and purpose of workers' compensation statutes fails to unearth any indication that s. 133 was enacted for the purpose of improving the ranking of the Board in a bankruptcy. See *Evelyn Stevens* (Ont. C.A.), *supra*, at p. 747, for a similar conclusion within the Ontario context.

Vu sous un autre angle, le libellé actuel de l'art. 133 est essentiellement le même depuis les modifications apportées à l'art. 9 de la loi de 1910 dans *The Workmen's Compensation Act* de 1929, S.S. 1928-29, ch. 73, art. 11. L'article 11 de la loi de 1929 a été calqué directement sur les dispositions contemporaines de *The Workmen's Compensation Act* de l'Ontario, R.S.O. 1927, ch. 179, art. 10, qui avaient été adoptées initialement en 1915 et en 1919: S.O. 1914, ch. 25, art. 10, modifié par S.O. 1915, ch. 24, art. 5, et S.O. 1919, ch. 34, par. 4(2). L'établissement d'une responsabilité solidaire entre entrepreneurs et commettants relativement aux cotisations impayées (et le droit concomitant d'être indemnisé) est donc antérieur à l'ordre de priorité établi par la loi sur la faillite. En conséquence, il ne pouvait exister, au moment de l'adoption de la loi sur l'indemnisation des accidents du travail, une volonté de miner les dispositions fédérales en matière de faillite ou de déjouer l'ordre de priorité.

Il est utile de se rappeler que l'art. 133 ne vise pas spécifiquement les situations où l'entrepreneur est en faillite, quoiqu'une telle situation puisse, à l'occasion, se présenter dans les faits, comme en l'espèce. L'article 133 vise surtout à accorder à la Commission un autre moyen d'obtenir les fonds qu'elle aurait normalement reçus n'eût été le défaut, la fuite ou la malhonnêteté de l'entrepreneur. De toute évidence, lorsque l'entrepreneur et le commettant ont une relation de travail, il est plus facile pour le commettant de recouvrer les sommes auprès de l'entrepreneur que ce ne l'est pour la Commission puisque c'est le commettant qui paie l'entrepreneur pour les travaux achevés.

L'examen de l'historique et de l'objet des lois sur l'indemnisation des accidents du travail ne donne aucune raison de croire que l'art. 133 a été adopté dans le but d'améliorer le rang de la Commission dans une faillite. Voir la décision *Evelyn Stevens* (C.A. Ont.), précitée, à la p. 747, pour une conclusion similaire dans le contexte ontarien.

C. *Paramourcy in the Context of Bankruptcy: The "Quartet"*

132 On four occasions, this Court has been called upon to affirm the paramourcy of the *Bankruptcy Act* over provincial enactments which directly interfered with the scheme of priorities established by s. 136 of the federal legislation. As was mentioned above, these four cases are commonly referred to as the "quartet". Although they are not directly on all fours with the appeal at bar (since they do not involve the provincial body claiming against a third-party, only the bankrupt), I agree with Wedge J. that they are of significant interpretive assistance.

133 In *Re Bourgault, supra*, this Court considered s. 30 of the Quebec *Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 71, which provided that "[e]very sum due to the Crown" under that Act constituted "a privileged debt ranking immediately after law costs". The facts of the *Bourgault* case, put briefly, are as follows. Upon the bankruptcy of a debtor, the Deputy Minister of Revenue of Quebec maintained that, by virtue of s. 30 of the *Retail Sales Tax Act*, he was a "secured creditor" within the meaning of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, and was therefore entitled to greater priority than normally available for Crown claims under the bankruptcy scheme. This Court rejected the claim on the grounds that s. 107 (now s. 136) of the *Bankruptcy Act* established an elaborate scheme of distribution of a bankrupt's assets, intending to confer a certain priority on Crown claims, and that provincial statutes which attempted to confer a higher priority were inconsistent with the Act. Specifically, Pigeon J., writing for a majority of the Court, stated at p. 44:

Accordingly, I find that the case turns upon the interpretation of para. 107(1)(j) [of the *Bankruptcy Act*] It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in right of Canada or of a province except in cases where it was provided otherwise, namely, para. (c), the levy, and para. (h), workmen's compensation or unemployment insurance assessments and withholdings for income tax.

C. *La prépondérance dans le contexte d'une faillite: le «quatuor» d'arrêts*

À quatre reprises, on a demandé à notre Cour de confirmer la prépondérance de la *Loi sur la faillite* sur des lois provinciales qui modifiaient directement l'ordre de priorité établi à l'art. 136 de la loi fédérale. Comme je l'ai déjà mentionné, ces quatre arrêts sont communément appelés le «quatuor». Bien qu'ils ne soient pas pertinents à tous les points de vue en l'espèce (puisque dans ces arrêts, l'organisme provincial fait une réclamation non pas contre un tiers, mais seulement contre le failli), je conviens avec le juge Wedge qu'ils constituent un important outil d'interprétation.

Dans l'arrêt *Re Bourgault*, précité, notre Cour a examiné l'art. 30 de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail* du Québec, S.R.Q. 1964, ch. 71, qui prévoyait que «[t]oute somme due à la couronne» en vertu de cette loi constituait «une dette privilégiée prenant rang immédiatement après les frais de justice.» Voici un résumé des faits de l'arrêt *Re Bourgault*. Lors de la faillite d'un débiteur, le sous-ministre du Revenu du Québec a soutenu qu'il était, en vertu de l'art. 30 de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail*, un «créancier garanti» au sens de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, et qu'il devait occuper, dans l'ordre de priorité, un meilleur rang que celui qui serait normalement attribué aux réclamations de la Couronne sous le régime de la faillite. Notre Cour a rejeté cet argument pour le motif que l'art. 107 (maintenant l'art. 136) de la *Loi sur la faillite* établissait un plan complexe de partage des biens d'un failli, destiné à conférer une certaine priorité aux réclamations de la Couronne, et que les lois provinciales qui tentaient d'attribuer un meilleur rang dans l'ordre de priorité étaient incompatibles avec la Loi. Voir, plus précisément, ce que le juge Pigeon affirme au nom de la Cour à la majorité, à la p. 44:

C'est donc à l'interprétation de l'al. 107(1)(j) [de la *Loi sur la faillite*] qu'il faut s'arrêter. [. . .] Il est manifeste que celle-ci vise à mettre sur un pied d'égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province sauf dans les cas autrement prévus, c'est-à-dire, al. c) le prélèvement et al. h) les cotisations pour accidents du travail ou assurance-chômage et les retenues à la source pour l'impôt sur le revenu. Le texte

Paragraph (j) ends with the following words, “notwithstanding any statutory preference to the contrary”. The purpose of this part of the provision is obvious. Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority. In my opinion, this is precisely what is being contended for when it is argued that, because the Quebec statute creates a privilege on immovable property effective from the date of registration, the Crown thereby becomes a “secured creditor” and thus escapes the effect of the provision which gives it only a lower priority. [Emphasis in original.]

Similarly, in *Deloitte Haskins, supra*, this Court considered s. 78(4)(a) of the *Alberta Workers' Compensation Act*, S.A. 1973, c. 87, which provided that any amount owed to the Workers' Compensation Board by an employer constituted a priority charge on that employer's assets. The Court concluded that this provision did not apply in bankruptcy in that it could not provide the Workers' Compensation Board with a security interest within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, so as to defeat the lower priority accorded to claims by Workers' Compensation Boards by s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Specifically, Wilson J. (on behalf of herself and two other judges, with Chouinard J. and two others concurring separately) relied on *Re Bourgault, supra*, and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176 (N.S.S.C.), in concluding at p. 806 that:

With respect, the issue in *Re Bourgault* and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* was not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation. It was whether provincial legislation, even if it did create a proprietary interest, could defeat the scheme of distribution under s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*. These cases held that it could not, that while the provincial legislation could validly secure debts on the property of the debtor in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy occurred s. 107(1) determined the status and priority of the claims specifically dealt with in that section. It was not open to the claimant in bankruptcy to say: By virtue of the applicable provincial legislation I am a secured creditor within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*

de l'al. j) se termine par les mots suivants: «nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire». Le but de cette partie de la disposition est évident. Le législateur fédéral a entendu mettre sur pied d'égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc pas avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité. À mon avis, c'est précisément ce que l'on réclame en soutenant que, parce que la loi du Québec accorde un privilège sur les immeubles qui prend effet à compter de la date de son enregistrement, le fisc y devient un «créancier garanti» et échappe ainsi à la disposition qui ne lui accorde qu'une certaine priorité. [Souligné dans l'original.]

De même, dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, précité, notre Cour a examiné l'al. 78(4)a) de *The Workers' Compensation Act* de l'Alberta, S.A. 1973, ch. 87, qui prévoyait que toute somme due à la Workers' Compensation Board par un employeur constituait une charge prioritaire grevant les biens de cet employeur. Notre Cour a conclu que cette disposition ne s'appliquait pas en matière de faillite en ce sens qu'elle ne pouvait faire de la Workers' Compensation Board un créancier garanti au sens des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, de manière à contrecarrer le rang inférieur accordé aux réclamations des commissions des accidents du travail par l'al. 107(1)h) de la *Loi sur la faillite*. Plus précisément, le juge Wilson (s'exprimant en son propre nom et en celui de deux autres juges, avec l'appui séparé du juge Chouinard et deux autres juges) s'est fondée sur les arrêts *Re Bourgault*, précité, et *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176 (C.S.N.-É.), en concluant, à la p. 806:

Avec égards, dans les arrêts *Re Bourgault* et *Re Black Forest Restaurant Ltd.*, le litige n'était pas de savoir s'il y avait eu création d'un droit de propriété en vertu des lois provinciales applicables. Il s'agissait de savoir si, même si elle créait un droit de propriété, la loi provinciale pouvait aller à l'encontre du plan de distribution prévu au par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. Ces arrêts ont décidé qu'elle ne le pouvait pas et que, même si la loi provinciale pouvait valablement créer une sûreté pour des dettes sur les biens du débiteur en dehors de la faillite, dès qu'il y avait faillite, le par. 107(1) déterminait le statut et la priorité des réclamations expressément mentionnées dans cet article. Il n'était pas loisible au créancier de la faillite de dire: en vertu de la loi provinciale applicable, je suis un créancier garanti au sens des

and therefore the priority accorded my claim under the relevant paragraph of s. 107(1) does not apply to me. In effect, this is the position adopted by the Court of Appeal and advanced before us by the respondent. It cannot be supported as a matter of statutory interpretation of s. 107(1) since, if the section were to be read in this way, it would have the effect of permitting the provinces to determine priorities on a bankruptcy, a matter within exclusive federal jurisdiction.

How then should the constitutional question stated by the Chief Justice be answered? Does s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* conflict with s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* so as to render the latter provision inoperable? I do not believe so. Section 78(4) does not purport to deal with a bankruptcy situation and, by virtue of the presumption of constitutionality, the provincial legislature is presumed to be legislating within its competence rather than outside it. Faced with the choice of construing the provincial legislation in a way which would cause it to invade the federal sphere, thereby attracting the doctrine of paramountcy, or construing it in accordance with the presumption of constitutionality, I prefer the latter course. I believe also that it accords better with the more recent authorities on the scope of the paramountcy doctrine.

135

In *FBDB*, *supra*, this Court found that, where a secured creditor took advantage of s. 49(2) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, and liquidated his security outside the bankruptcy proceedings, the property constituting the security was still property of the bankrupt and the order of payment of creditors from the proceeds of the sale of the security was to be determined by the priorities specified in the *Bankruptcy Act* and not by the provisions of provincial law governing the order of collocation. Writing for the Court, Lamer J. (as he then was) stated at p. 1071:

In any event, I feel that the decisions in *Re Bourgault* and *Deloitte* are conclusive as to the fate of the appeal. These cases stand for the following proposition: in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied. If a bankruptcy occurs, the order of priority is determined by the ranking in s. 107 of the Act, and any debt mentioned in that provision must therefore be given the specified priority.

premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et en conséquence la priorité que l'alinéa pertinent du par. 107(1) accorde à ma réclamation ne s'applique pas à moi. En réalité, c'est la position adoptée par la Cour d'appel et plaidée devant nous par l'intimée. Cette position n'est pas étayée par l'interprétation législative du par. 107(1) puisque, si on interprétait l'article dans ce sens, il aurait pour effet de permettre aux provinces de déterminer les priorités en cas de faillite, ce qui relève de la compétence fédérale exclusive.

Comment devrait-on alors répondre à la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef? L'alinéa 107(1)h) de la *Loi sur la faillite* entre-t-il en conflit avec le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act* de façon à le rendre inopérant? Je ne le crois pas. Le paragraphe 78(4) n'est pas censé viser un cas de faillite et, en vertu de la présomption de constitutionnalité, le législateur provincial est censé légiférer dans le cadre de sa compétence plutôt qu'à l'extérieur de celle-ci. Si j'ai le choix d'interpréter la loi provinciale de manière qu'elle envahisse la sphère de compétence fédérale, entraînant ainsi l'application de la doctrine de la prépondérance ou de l'interpréter en conformité avec la présomption de constitutionnalité, je préfère cette dernière interprétation. Je crois en outre qu'elle se conforme mieux à la jurisprudence et à la doctrine récentes relativement à la portée de la doctrine de la prépondérance.

Dans l'arrêt *BFD*, précité, notre Cour a statué que, dans le cas où un créancier garanti s'est prévalu du par. 49(2) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, et a liquidé sa garantie en dehors des procédures de faillite, les biens constituant la garantie continuent de faire partie des biens du failli et l'ordre de paiement des créanciers sur le produit de la vente de la garantie est établi selon les priorités prévues dans la *Loi sur la faillite* et non par les dispositions d'une loi provinciale régissant l'ordre de collocation. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme, au nom de notre Cour, à la p. 1071:

De toute manière, j'estime que les décisions rendues dans *Re Bourgault* et *Deloitte* tranchent le pourvoi de façon déterminante. Le principe qui se dégage de ces arrêts est le suivant: en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application. S'il y a faillite, l'ordre de collocation est établi selon les priorités prévues à l'art. 107 de la Loi, et toute créance mentionnée à cette disposition doit donc être colloquée selon le rang prescrit.

Lamer J. went on to note that as provincial statutes cannot affect the priorities created by the federal statute, consistency in the order of priority in bankruptcy situations is ensured from one province to another.

Finally, in *Henfrey Samson, supra*, this Court reiterated its position in the three previous cases, holding that a deemed statutory trust created by s. 18(1) of the British Columbia *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, over all amounts collected as taxes under the Act could not give the province priority over other creditors under the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3. The issue was whether the deemed statutory trust could qualify as a trust within s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* so as to exclude the amounts so held from the property of the bankrupt and instead require them to be given entirely to the provincial government. McLachlin J., writing for the majority, held at p. 33 that:

To interpret s. 47(a) as applying not only to trusts as defined by the general law, but to statutory trusts created by the provinces lacking the common law attributes of trusts, would be to permit the provinces to create their own priorities under the *Bankruptcy Act* and to invite a differential scheme of distribution on bankruptcy from province to province.

In *Henfrey Samson*, no common law trust was found since the monies in the impugned trust had been mixed with other monies. Consequently, the s. 47(a) definition of trust was not triggered. However, the important point to be taken from *Henfrey Samson* is that if the province were to have drafted its tax collection legislation in a way that created a valid trust under the terms of the *Bankruptcy Act*, that money would have been excluded from the property of the bankrupt. From another perspective, the province would be able to affect the outcome of the bankruptcy; yet, because it would not have altered the priorities of distribution, the legislation would have survived paramountcy analysis. In *Henfrey Samson*, Cory J. dissented regarding the applicability of the questions of law to the spe-

Le juge Lamer fait ensuite remarquer que, puisque les lois provinciales ne peuvent modifier les priorités établies par la loi fédérale, l'uniformité de l'ordre de priorité en matière de faillite est donc assurée d'une province à l'autre.

Enfin, dans l'arrêt *Henfrey Samson*, précité, notre Cour a réitéré la position qu'elle avait adoptée dans les trois arrêts antérieurs, statuant qu'une fiducie réputée, créée par le par. 18(1) de la *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 388, relativement à tous les montants de taxe perçus en vertu de la Loi ne pouvait conférer à la province la priorité sur les autres créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3. Il s'agissait de déterminer si cette fiducie légale réputée pouvait être qualifiée de fiducie au sens de l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite* de façon à exclure les montants ainsi détenus du patrimoine du failli et à exiger qu'ils soient remis entièrement au gouvernement provincial. Le juge McLachlin affirme, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 33:

Interpréter l'al. 47a) comme s'appliquant non seulement aux fiducies établies en vertu du droit général, mais aussi aux fiducies légales établies par les provinces, qui ne possèdent pas les attributs des fiducies de *common law*, reviendrait à permettre aux provinces d'établir leur propre ordre de priorité applicable à la *Loi sur la faillite* et à ouvrir la porte à l'établissement de régimes de répartition en cas de faillite différents d'une province à l'autre.

Dans l'arrêt *Henfrey Samson*, on a conclu à l'inexistence d'une fiducie de common law puisque les sommes comprises dans la fiducie attaquée avaient été mélangées à d'autres sommes. En conséquence, la définition de la fiducie, contenue à l'al. 47a), n'était pas applicable. Cependant, le point important qui se dégage de l'arrêt *Henfrey Samson* est le suivant: si la province avait rédigé sa loi sur la perception des taxes de façon à créer une fiducie valide en vertu de la *Loi sur la faillite*, les sommes en cause n'auraient pas fait partie des biens du failli. Vu sous un autre angle, la province pourrait modifier l'issue de la faillite; cependant, la loi aurait résisté à une analyse fondée sur la prépondérance, du fait qu'elle n'aurait pas modifié l'ordre de priorité en matière de partage. Dans l'ar-

cific facts at hand, holding that a valid trust was created and that there was no conflict between the provincial and federal legislation since the *Bankruptcy Act* specifically gave priority to a trust.

138 In my view, the quartet has given rise to two interpretations. One is broad, the other narrow.

139 The respondents in the instant appeal advocate the broad interpretation, according to which any time provincial law affects the final result of a bankruptcy, the province is improperly attempting to alter the priorities of distribution. The Attorney General for Saskatchewan refers to this as the "bottom line" approach. Under such an approach, s. 133, since it affects the end result of the bankruptcy process, would be deemed invalid.

140 The appellants, on the other hand, advocate a narrower interpretation: the quartet precludes a province only from altering the position of a creditor vis-à-vis the other creditors claiming from the same estate within the scheme of distribution created by s. 136(1). In other words, the only thing the province cannot do is "jump the queue" set up by Parliament. Consequently, in order to impugn a provincial law affecting the bankruptcy process, there must be an attempt to reallocate the priority scheme by directly creating interests in the property of the bankrupt.

141 In my opinion, the second interpretation is the correct one. The quartet stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative. This accords with the facts of the cases in the quartet. In each case, the provincial governments endeavoured to change the priorities of preferred creditors in s. 136(1) by elevating a lower ranked claim to a higher rank. In *Re Bourgault* and *Henfrey Samson*, the province attempted to "queue jump" claims of the Crown ranked last by s. 136(1)(j) by declaring such debts to be "privi-

rêt *Henfrey Samson*, le juge Cory était dissident relativement à l'applicabilité des questions de droit aux faits en cause; il était d'avis qu'une fiducie valide avait été constituée et qu'il n'existait pas de conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale puisque la *Loi sur la faillite* accordait expressément la priorité à une fiducie.

À mon avis, le quatuor d'arrêts a donné lieu à deux interprétations: une interprétation large et une interprétation restrictive.

Les intimés en l'espèce préconisent l'interprétation large selon laquelle chaque fois qu'une loi provinciale touche l'issue d'une faillite, la province se trouve alors à tenter irrégulièrement de modifier l'ordre de priorité en matière de partage. Le procureur général de la Saskatchewan dit qu'il s'agit du critère du «résultat final». Selon ce critère, l'art. 133 serait réputé non valide puisqu'il touche l'issue du processus de faillite.

Les appelants, par contre, préconisent une interprétation plus restrictive: le quatuor d'arrêts empêche seulement une province de modifier la position d'un créancier par rapport aux autres qui produisent une réclamation contre le même actif, selon le plan de répartition établi au par. 136(1). En d'autres termes, il est seulement interdit à la province de bénéficier d'une «anticipation de rang» dans l'ordre établi par le législateur fédéral. En conséquence, pour pouvoir être contestée, une loi provinciale modifiant le processus de faillite doit tenter de modifier l'ordre de priorité en créant directement des droits sur les biens du failli.

À mon avis, c'est la seconde interprétation qui est la bonne. Le quatuor d'arrêts étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d'une réclamation contre l'actif réel du failli par rapport à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. Cette interprétation est compatible avec les faits dont il était question dans le quatuor d'arrêts. Dans chaque cas, un gouvernement provincial avait tenté de modifier l'ordre de priorité des créanciers privilégiés visés au par. 136(1), en améliorant le rang de la créance dans la collocation. Dans les arrêts *Re Bourgault* et *Henfrey Samson*, la

leges" (*Re Bourgault*) or deeming them to be "trust money" and hence outside the distribution scheme (*Henfrey Samson*). In *Deloitte Haskins*, the province attempted to elevate its claim through a proposed security interest and, finally, in *FBDB*, the province once again endeavoured to use the mechanism of a privilege/lien.

In many ways, the broad approach propounded by the respondents would produce unacceptable results since it risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*. I am sensitive to the arguments by the Saskatchewan Attorney General that provincial legislation is deeply involved in determining the priority, registration, and amount of indebtedness in the bankruptcy process. In fact, the proprietary and contractual rights that are regulated by the bankruptcy process are usually created by virtue of provincial law. All of these enactments somehow affect the "bottom line".

For example, provincial personal property security legislation establishes security interests (such as that relied upon by the Bank of Montreal in the instant appeal) that create secured creditors and validate claims against the estate of the bankrupt. Of similar import is builders' and mechanics' lien legislation that has been held to be constitutionally valid in *TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 S.C.R. 753; see also *Ecarnot (Trustee of) v. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207 (Sask. C.A.) and *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] S.C.R. 487, at p. 494, per Judson J.

Other valid provincial legislation invariably affecting the "bottom line" includes: consumer protection and warranties legislation; land titles statutes; sale of goods laws; and a further array of

province avait tenté de bénéficier d'une «anticipation de rang» par rapport aux réclamations de la Couronne, colloquées au dernier rang en vertu de l'al. 136(1)*j*), en déclarant que ces dettes constituaient des «privileges» (*Re Bourgault*) ou étaient réputées constituer des «fonds en fiducie», et n'étaient donc pas visées par le plan de répartition (*Henfrey Samson*). Dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, la province tentait d'améliorer son rang dans la collocation en faisant valoir l'existence d'une garantie, et enfin, dans l'arrêt *BFDB*, la province avait de nouveau tenté de recourir au mécanisme du privilège.

À de nombreux égards, l'approche générale préconisée par les intimés produirait des résultats inacceptables puisqu'elle risque d'annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l'application de la *Loi sur la faillite*. Je suis conscient des arguments du procureur général de la Saskatchewan, voulant que les lois provinciales jouent un rôle important dans la détermination du rang, des modalités d'enregistrement et du montant des créances dans le processus de faillite. En fait, les droits de propriété et de nature contractuelle qui sont réglementés par le processus de faillite sont habituellement créés en vertu d'une loi provinciale. Tous ces textes législatifs influent d'une certaine façon sur le «résultat final».

Par exemple, les lois provinciales sur les sûretés mobilières établissent des garanties (comme celle qu'invoque la Banque de Montréal en l'espèce) qui créent des créanciers garantis et valident des réclamations contre l'actif du failli. Dans la même veine, mentionnons le texte législatif relatif au privilège du constructeur et du fournisseur de matériaux que notre Cour a jugé constitutionnel dans *TransGas Ltd. c. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 R.C.S. 753; voir aussi *Ecarnot (Trustee of) c. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207 (C.A. Sask.), et *John M. M. Troup Ltd. c. Royal Bank of Canada*, [1962] R.C.S. 487, à la p. 494, le juge Judson.

Parmi les autres lois provinciales valides qui influent immanquablement sur le «résultat final», on compte les lois sur la protection du consommateur et les garanties, les lois sur les titres fonciers,

142

143

144

specific statutes such as *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1, s. 44 (protecting and exempting farmland and farm equipment from the property of the bankrupt's estate), the *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, c. 140, s. 142, and the *Employment Standards Act*, S.B.C. 1980, c. 10, s. 19.

145 The fact that federal bankruptcy legislation is often contingent on provincial initiatives in the area of property and civil rights has been noted by Professor Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 25-9):

The term "secured creditor" is defined [in federal bankruptcy legislation] . . . in terms so general that the validity and effect of "a mortgage, pledge, charge, lien or privilege" is left to be determined under the provincial law relating to secured transactions. For example, if a creditor claims to hold a first mortgage on land in Ontario, the trustee in bankruptcy . . . will look to Ontario's law of mortgages to determine whether the creditor is indeed a secured creditor and, if so, the extent to which the creditor can resort to the land in priority to all other creditors. In this way, provincial law has a profound, albeit indirect, effect on the distribution of the bankrupt's assets. [Emphasis added.]

To my mind, there is nothing inherently undesirable about this interplay between federal and provincial statutory initiatives in the regulation of the bankruptcy process.

146 The Alberta Court of Appeal has, for its part, also demonstrated a reluctance to invalidate provincial legislation which simply touches upon bankruptcy proceedings. In *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577, the issue before the court was whether the *Bankruptcy Act* prevented a court-appointed receiver-manager of an insolvent and bankrupt oil company from complying with an order requiring that receiver-manager, in the interests of environmental integrity, carry out proper abandonment procedures on seven suspended oil wells. That work would be done at the expense of the secured creditors' entitlement under

les lois sur la vente de biens et un éventail de lois spécifiques comme *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, ch. S-17.1, art. 44 (protégeant et soustrayant de l'actif du failli les terres agricoles et l'équipement agricole), la *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 140, art. 142, et l'*Employment Standards Act*, S.B.C. 1980, ch. 10, art. 19.

Le professeur Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 25-9) fait remarquer que la loi fédérale en matière de faillite est souvent subordonnée à des mesures provinciales dans le domaine de la propriété et des droits civils:

[TRADUCTION] L'expression «créancier garanti» est définie [dans la loi fédérale sur la faillite] [. . .] de façon si générale que la validité et l'incidence d'«une hypothèque, [d']un nantissement, [d']une charge, [d']un gage ou [d']un privilège» doivent être déterminées en vertu de la loi provinciale relative aux opérations garanties. Par exemple, si un créancier prétend détenir une première hypothèque sur un bien-fonds en Ontario, le syndic de faillite [. . .] examinera la loi ontarienne sur les hypothèques pour déterminer si le créancier est vraiment un créancier garanti, et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ce créancier peut avoir priorité sur tous les autres créanciers pour recourir à ce bien-fonds. La loi provinciale a ainsi une incidence profonde, quoique indirecte, sur le partage des biens du failli. [Je souligne.]

À mon avis, cette interaction entre les mesures législatives fédérales et provinciales, dans le domaine de la réglementation du processus de faillite, n'a rien d'indésirable en soi.

La Cour d'appel de l'Alberta s'est, quant à elle, montrée hésitante à invalider une loi provinciale qui ne fait que toucher les procédures de faillite. Dans l'arrêt *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577, la cour devait déterminer si la *Loi sur la faillite* empêchait l'administrateur-séquestre d'une société pétrolière insolvable et en faillite, nommé par le tribunal, de se conformer à une ordonnance lui enjoignant, au nom de l'intégrité environnementale, d'entreprendre des procédures régulières d'abandon de sept puits de pétrole dont l'exploitation avait été interrompue. Cette tâche serait accomplie au détriment du droit des créan-

the *Bankruptcy Act*. At page 599, Laycraft C.J.A. held for the court:

In my view, there is no . . . direct conflict in this case. The Alberta legislation regulating oil and gas wells in this province is a statute of general application within a valid provincial power. It is general law regulating the operation of oil and gas wells, and safe practices relating to them, for the protection of the public. It is not aimed at subversion of the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act* though it may incidentally affect that distribution in some cases. It does so, not by a direct conflict in operation, but because compliance by the receiver with the general law means less money will be available for distribution.

Northern Badger thus echoes the proposition that provincial laws of general application continue to apply in bankruptcy even though they may incidentally alter the amount of proceeds available in the bankrupt's estate for distribution.

Provincial law plays a critical role in defining both the number and type of participants in the bankruptcy process and the size of the bankrupt's estate. A number of this Court's decisions have emphasized the value of standardizing bankruptcy priorities across the country. But it is important to remember that a bankruptcy priority is a category. The precise content of that category can and does vary to some extent from one province to the next. It seems to me that s. 72(1) of the *Bankruptcy Act* is an example of the recognition of provincial diversity. Section 72(1) reads as follows:

72. (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

ciers garantis en vertu de la *Loi sur la faillite*. Le juge en chef Laycraft affirme, au nom de la cour, à la p. 599:

[TRADUCTION] À mon avis, il n'y a pas [. . .] de conflit direct en l'espèce. La loi albertaine régissant les puits de pétrole et de gaz naturel dans la province est une loi d'application générale relevant d'un chef de compétence provinciale valide. C'est une loi générale qui réglemente, pour la protection du public, l'exploitation des puits de pétrole et de gaz naturel et les pratiques en matière de sécurité s'y rapportant. Elle ne vise pas à bouleverser le plan de répartition établi dans la *Loi sur la faillite*, bien qu'elle puisse modifier indirectement cette répartition dans certains cas. Cela se produit, non pas en raison d'une incompatibilité directe d'application, mais parce que l'observance de la loi générale par le séquestre signifie qu'il y aura moins d'argent à partager.

L'arrêt *Northern Badger* reprend donc la proposition voulant que les lois provinciales d'application générale continuent de s'appliquer en matière de faillite, même si elles peuvent modifier indirectement les sommes de l'actif du failli qui sont susceptibles d'être partagées.

Les lois provinciales jouent un rôle crucial dans la détermination tant du nombre que du type de participants au processus de faillite et de la taille de l'actif du failli. Notre Cour a, dans un certain nombre d'arrêts, souligné l'importance de normaliser l'ordre de priorité en matière de faillite au Canada. Cependant, il importe de se rappeler qu'une priorité de rang en matière de faillite est une catégorie. Le contenu précis de cette catégorie peut varier jusqu'à un certain point d'une province à l'autre, et c'est effectivement le cas. Il me semble que le par. 72(1) de la *Loi sur la faillite* est un exemple de reconnaissance de la diversité provinciale. En voici le libellé:

72. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

148

Because the federal legislation already contemplates that provincial law will impact upon the bankruptcy process, the respondents must do more than simply show that s. 133 has an effect on a particular bankruptcy. Indeed, in *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753, Beetz J., commenting on the precursor to s. 72(1) (s. 50(6)), wrote (at pp. 808-9):

... I am of the view that s. 50, subs. (6) of the *Bankruptcy Act* [R.S.C. 1970, c. B-3] provides a clear indication that Parliament, far from intending to depart from the rule of operational conflict, did in fact aim at the highest possible degree of legal integration of federal and provincial laws. ... [Emphasis added.]

149

I conclude that within the context of the bankruptcy process judicial authority and common sense militate in favour of a guarded approach to invalidation under the paramountcy doctrine. When this analysis is applied to the case at bar, it obliges the respondents, in order to prevail, to demonstrate that s. 133 of the impugned provincial Act actually reorders the federally established priority scheme with regard to the property of the bankrupt Metal Fab by directly creating interests therein. I now turn to this issue.

D. Application of the Law to Section 133 of The Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979

(i) The Validity of Section 133(1)

150

I reproduce s. 133(1), with its important portion underscored:

133. — (1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board. [Emphasis added.]

Parce que la loi fédérale prévoit déjà que les lois provinciales auront une incidence sur le processus de faillite, les intimés doivent faire plus que simplement établir que l'art. 133 a une incidence sur une faillite particulière. En fait, dans l'arrêt *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753, à la p. 809, le juge Beetz affirme ce qui suit au sujet de la disposition qui a précédé le par. 72(1) (le par. 50(6)):

... je suis d'avis que l'art. 50, par. (6) de la *Loi sur la faillite* [S.R.C. 1970, ch. B-3] fournit une indication claire que le Parlement, loin de renoncer à la règle d'incompatibilité d'application, a en fait visé au plus haut niveau possible d'intégration légale des lois fédérales et provinciales. [Je souligne.]

Je conclus que, dans le contexte du processus de faillite, la jurisprudence et le bon sens exigent d'aborder avec prudence l'invalidation en vertu de la règle de la prépondérance. En l'espèce, cette analyse oblige les intimés, s'ils veulent avoir gain de cause, à démontrer que l'art. 133 de la loi provinciale attaquée modifie en fait l'ordre de priorité fédéral applicable aux biens du failli Metal Fab, en créant directement des droits sur ces biens. Je passe maintenant à l'examen de cette question.

D. Application des règles de droit à l'article 133 de The Workers' Compensation Act, 1979, de la Saskatchewan

(i) La validité du paragraphe 133(1)

Je reproduis le par. 133(1), en soulignant le passage important:

[TRADUCTION] **133.** — (1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission. [Je souligne.]

In my opinion, s. 133(1) has nothing to do with the property of the bankrupt. It creates a strict *in personam* obligation from the principal owing to the Board. The property of the principal is in no way subject to the *Bankruptcy Act*. The bankrupt is not even involved: there is no concern for the specific monies held by Husky for Metal Fab or owing by Husky to Metal Fab. The provision simply creates a third-party guarantee by the principal that the contractor will pay its debts to the Board.

The respondent Husky alleges that, regardless of the fact that s. 133(1) does not involve the property of the bankrupt, it remains in operational conflict with the *Bankruptcy Act* since it may have the effect of allowing the Workers' Compensation Board to recover more money for the Injury Fund than it likely could have done by proving a claim in bankruptcy and relying on s. 136. It is suggested that s. 133 permits the Board to jump from eighth place (under s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*) to first, thereby circumventing the priorities in bankruptcy.

In response, I note that s. 133(1) only alters the Board's recovery by permitting it to recover from a non-bankrupt third-party. There is no direct conflict within the meaning of the quartet or of paramountcy doctrine more generally between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*. There is nothing in the *Bankruptcy Act* which precludes any creditor, even if specifically mentioned in s. 136, from pursuing its remedies against a third-party as well as or instead of proving a claim in bankruptcy, although double recovery would certainly be frowned upon.

The Attorney General for Saskatchewan takes this analysis one step further by suggesting two commonplace and intuitively reasonable examples of situations in which third-party liability operates in concordance with a bankruptcy: a situation involving a personal guarantee by a third party, and a plaintiff's claim in an action for negligence against two co-defendants. The Attorney General reasons as follows:

À mon avis, le par. 133(1) n'a rien à voir avec les biens du failli. Il assujettit le commettant à une obligation personnelle stricte envers la Commission. Les biens du commettant ne sont aucunement assujettis à la *Loi sur la faillite*. Le failli n'est même pas en cause: on ne s'intéresse pas aux sommes précises que Husky détient pour Metal Fab ou qu'elle doit à Metal Fab. Cette disposition crée simplement une garantie, de la part d'un tiers, le commettant, que l'entrepreneur paiera ses dettes à la Commission.

Selon l'intimée Husky, même si le par. 133(1) ne touche pas les biens du failli, il continue de présenter une incompatibilité d'application avec la *Loi sur la faillite* puisqu'il peut avoir pour effet de permettre à la Commission de recouvrer plus de fonds pour la caisse des accidents qu'elle n'aurait pu le faire en faisant la preuve d'une réclamation en matière de faillite et en se fondant sur l'art. 136. On laisse entendre que l'art. 133 permet à la Commission de passer du huitième rang (en vertu de l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*) au premier rang, et qu'il déjoue ainsi l'ordre de priorité en matière de faillite.

Pour répondre à cet argument, je souligne que le par. 133(1) ne modifie le recouvrement par la Commission qu'en lui permettant de s'adresser à un tiers non failli. Il n'existe pas de conflit direct, au sens du quatuor d'arrêts ou plus généralement de la règle de la prépondérance, entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*. Rien dans la *Loi sur la faillite* n'empêche un créancier, même expressément mentionné à l'art. 136, de s'adresser à un tiers pour obtenir réparation ou de faire la preuve d'une réclamation en matière de faillite, ou encore les deux à la fois; cependant, un double recouvrement serait certainement désapprouvé.

Le procureur général de la Saskatchewan pousse son analyse un cran plus loin en donnant deux exemples courants et intuitivement raisonnables de cas où les principes de la responsabilité civile sont compatibles avec les procédures de faillite: le cas où un tiers a fourni une garantie personnelle, et celui de la réclamation d'un demandeur dans une action pour négligence contre deux codéfendeurs. Voici le raisonnement du procureur général:

151

152

153

154

[TRADUCTION]

[a] A lender may loan money on the condition of receiving a personal guarantee from a third party. If the borrower goes bankrupt, the lender has every right to pursue the third party under the guarantee, and may recover the full amount owing. The lender then will have "advanced its position rather dramatically", compared to what it could have received through the bankruptcy process. The net result is a "clear advantage" to the lender, who "has managed to assure payment of its claim and leave it to the [third party guarantor] to struggle for repayment under the Act," probably as an unsecured creditor of the bankrupt.

[b] In] the claim of a plaintiff in an action for negligence against two co-defendants. If the plaintiff's claim succeeds, there is a judgment owing against the two defendants. The two defendants are jointly and severally liable for the judgment. If one defendant goes bankrupt, the plaintiff is fully entitled to proceed against the other defendant for the full amount of the judgment, and ignore the bankruptcy process entirely. Again, the net result is a "clear advantage" to the plaintiff, authorized by provincial statute: *Contributory Negligence Act*, R.S.S. 1978, c. C-71, s. 3(2).

[a] Un prêteur peut prêter de l'argent à la condition d'obtenir une garantie personnelle d'un tiers. Si l'emprunteur fait faillite, le prêteur a pleinement le droit, en vertu de cette garantie, d'intenter une poursuite contre ce tiers, et il peut recouvrer le plein montant de sa créance. Le prêteur aura «amélioré sa situation de façon plutôt remarquable» par rapport à ce que le processus de faillite lui aurait permis d'obtenir. Il en résulte «un avantage clair» pour le prêteur puisqu'il «est parvenu à assurer le paiement de sa réclamation et à laisser au [tiers caution] le soin de se battre pour se faire rembourser en vertu de la Loi», probablement à titre de créancier non garanti du failli.

[b] En ce qui concerne la réclamation d'un demandeur dans une action pour négligence contre deux codéfendeurs, si le demandeur a gain de cause, un jugement est rendu contre les deux défendeurs. Ces défendeurs sont solidairement responsables du montant accordé par le jugement. Si l'un des défendeurs fait faillite, le demandeur a pleinement le droit de se tourner vers l'autre pour obtenir le plein montant du jugement, et de faire totalement abstraction du processus de faillite. De nouveau, il en résulte un «avantage clair» qu'une loi provinciale autorise pour le demandeur: *Contributory Negligence Act*, R.S.S. 1978, ch. C-71, par. 3(2).

155 In this case, we are not really dealing with the debt of Metal Fab any more. The legislation has validly created two debts that, although interconnected, are independent: the debt from Husky to the Board as surety of the Injury Fund, and then the debt of Metal Fab to Husky for the sums paid by the latter for the delinquency of the former. There is a great difference between altering the priorities under the *Bankruptcy Act* and statutorily empowering the Board to seek relief from more than one creditor.

En l'espèce, nous n'avons pas vraiment à examiner davantage la dette de Metal Fab. La loi crée validement deux dettes qui, quoique connexes, sont indépendantes l'une de l'autre: la dette de Husky envers la Commission en tant que caution à l'égard de la caisse des accidents, et celle de Metal Fab envers Husky au titre des sommes payées par cette dernière pour les montants non payés par Metal Fab. Il existe une différence importante entre modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* et habiliter par voie législative la Commission à demander réparation auprès de plus d'un créancier.

156 I do not accept the respondents' submission, supported by Wakeling J.A. on appeal, that the *FBDB* case extended the "no interference" principle to the relationship between a creditor and a third-party to the bankruptcy. The *FBDB* decision involved a bank seizing the property of Structal Inc. pursuant to a security agreement. Subsequent

Je n'accepte pas l'argument des intimés, retenu par le juge Wakeling de la Cour d'appel, voulant que l'arrêt *BFD* ait étendu l'application du principe de «non-ingérence» à la relation entre un créancier et un tiers à la faillite. Dans l'arrêt *BFD*, une banque avait saisi les biens de Structal Inc. conformément à un contrat de garantie. Ulérieure-

to this seizure, Structal made an assignment in bankruptcy. The Workers' Compensation Board of Quebec then tried to claim a priority interest in the seized property by relying on a provision of the workers' compensation legislation which stipulated that assessments for which the employer Structal was liable amounted to a privileged claim on all the property of the employer. This Court, noting that the property in question was still part of the estate of the bankrupt, deemed the Quebec WCB's order to amount to a reordering of the bankruptcy priorities. On this point, Lamer J., held at pp. 1066-67:

In this Court [the Workers' Compensation Board] argued, *inter alia*, that the order of priority set out in . . . the *Bankruptcy Act* is not applicable, as the immovable in Royal Trust's possession at the time of the bankruptcy was not part of the estate which passed to the trustee in bankruptcy . . .

With respect, I cannot accept this reasoning. The immovable, encumbered to [FBDB] and seized by the trustee, is part of the "property of a bankrupt" mentioned in . . . the *Bankruptcy Act*.

Regarding the proper interpretation of the *FBDB* decision, I agree with the following submissions by the Attorney General of British Columbia and the appellant Board, respectively:

[In *FBDB*] the parties in question were seeking to realize, albeit outside of the bankruptcy proceedings, against property of the bankrupt. But that property was nevertheless subject to the Act and so, therefore, were the creditors who sought to realize against it. Accordingly, the *Federal Business Development Bank* decision does not purport to extend the scheme of priorities of proven claims under the *Bankruptcy Act* to recovery of the underlying indebtedness from a third party.

That [*FBDB*] analysis does not take the trilogy of cases "one step further" and apply [them] to parties or property not involved in bankruptcy. To the contrary, it specifically involves a situation where provincial legislation directly creates an interest in the property of the bankrupt . . . [T]his is very different from the situation involved in this case where Husky's liability under section 133(1) . . . is strictly personal and involves no claim

ment à cette saisie, Structal a fait cession de ses biens. La Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec a ensuite tenté de réclamer un droit de priorité sur les biens saisis en se fondant sur une disposition de la loi sur les accidents du travail qui prévoyait que les cotisations que l'employeur Structal était tenu de verser constituaient une réclamation privilégiée sur tous les biens de l'employeur. Notre Cour, faisant remarquer que les biens en question faisaient toujours partie du patrimoine du failli, a jugé que l'ordre de la CSST du Québec constituait une modification de l'ordre de priorité en matière de faillite. Sur ce point, le juge Lamer affirme, aux pp. 1066 et 1067:

Devant nous, [la Commission de la santé et de la sécurité du travail] soutient notamment que l'ordre de priorité prévu [dans] la *Loi sur la faillite* est inapplicable, car l'immeuble en la possession du fiduciaire lors de la faillite ne fait pas partie du patrimoine dont est saisi le syndic . . .

Avec égards, je ne puis me rallier à ce raisonnement. L'immeuble, grevé en faveur de [la Banque fédérale de développement] et saisi par le fiduciaire, fait partie des «biens du failli» dont parle [. . .] la *Loi sur la faillite*.

En ce qui concerne l'interprétation qu'il convient de donner à l'arrêt *BFD*, je suis d'accord avec les observations suivantes formulées par le procureur général de la Colombie-Britannique et la Commission appelante, respectivement:

[TRADUCTION] [Dans l'arrêt *BFD*] les parties en cause cherchaient à liquider, en dehors des procédures de faillite, des biens du failli. Cependant, ces biens étaient néanmoins visés par la Loi de même que les créanciers qui cherchaient à les liquider. En conséquence, l'arrêt *Banque fédérale de développement* n'est pas censé étendre l'ordre de priorité des réclamations prouvées en vertu de la *Loi sur la faillite*, au recouvrement des dettes sous-jacentes auprès d'un tiers.

L'analyse [dans l'arrêt *BFD*] n'a pas pour effet de pousser ces arrêts «un cran plus loin» et de [les] rendre applicables aux parties ou aux biens non visés par une faillite. Au contraire, cet arrêt porte spécifiquement sur le cas où une loi provinciale crée directement un droit sur les biens du failli . . . [C]e qui est très différent de la situation en l'espèce où la responsabilité de Husky, en vertu du par. 133(1), [. . .] est strictement personnelle et

whatsoever against either Metal Fab or the property of Metal Fab. Accordingly, it is submitted that the reasoning of the Court of Appeal is a significant and unwarranted extension of the principles established by the leading cases.

n'englobe aucune réclamation quelle qu'elle soit contre Metal Fab ou ses biens. On soutient donc que le raisonnement de la Cour d'appel constitue un élargissement important et injustifié des principes établis par les arrêts de principe.

158 Section 133(1) does not involve property that is related to or part of the estate of the bankrupt and it is consequently not in operational conflict with the bankruptcy scheme. I am strengthened in this conclusion by the decision of the Ontario Court of Appeal in *Evelyn Stevens*, *supra*, and the case of *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665. In fact, I prefer the *Evelyn Stevens* approach over that of both the Saskatchewan Court of Appeal in its decision in the case at bar and the Saskatchewan Court of Queen's Bench in *Serdula*, *supra*, per Lawton J.

Le paragraphe 133(1) ne touche pas les biens qui ont un rapport avec l'actif du failli ou qui en font partie, et il ne présente donc aucune incompatibilité d'application avec le régime de faillite. L'arrêt *Evelyn Stevens*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario et la décision *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665, appuient ma conclusion. En fait, je préfère le point de vue adopté dans l'arrêt *Evelyn Stevens* à celui de la Cour d'appel de la Saskatchewan en l'espèce et à celui que la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan avait adopté dans *Serdula*, précité.

159 In *Evelyn Stevens*, *supra*, at p. 748, Grange J.A. held:

Dans l'arrêt *Evelyn Stevens*, précité, à la p. 748, le juge Grange conclut:

The principle is simple. The money owing under s. 9(3) [Ontario equivalent to s. 133(1)] is not property of the bankrupt and never comes into the hands of the trustee.

[TRADUCTION] Le principe est simple. Les sommes dues en vertu du par. 9(3) [disposition ontarienne équivalant au par. 133(1)] ne constituent pas un bien du failli et ne se retrouvent jamais entre les mains du syndic.

160 The Bank of Montreal submits that *Evelyn Stevens* can be distinguished on the facts. Its argument revolves around the observation that in *Evelyn Stevens* there was a trustee overseeing a group of unsecured creditors. On the other hand, in the case at bar, there has been an assignment to a secured creditor and the set-off would deplete the funds normally accruing to this secured creditor. I agree that this difference is noteworthy. However, I am not convinced that this difference is sufficient to undermine the persuasive authority of the *Evelyn Stevens* decision. The *Evelyn Stevens* court did not mention that the absence of secured creditors affected in any way its decision to uphold the validity of the impugned provision.

La Banque de Montréal fait valoir que l'arrêt *Evelyn Stevens* peut faire l'objet d'une distinction fondée sur les faits. Elle soutient essentiellement que, dans l'affaire *Evelyn Stevens*, un syndic surveillait un groupe de créanciers non garantis. Par contre, en l'espèce, il y a eu une cession à un créancier garanti et la compensation aurait pour effet de diminuer les fonds revenant normalement à ce créancier garanti. Je reconnais qu'il s'agit d'une différence notable. Cependant, je ne suis pas convaincu que cette différence suffit pour miner la force de persuasion de l'arrêt *Evelyn Stevens*. La cour, dans cet arrêt, n'a pas mentionné que l'absence de créanciers garantis influait d'une façon quelconque sur sa décision de confirmer la validité de la disposition attaquée.

161 In sum, s. 136(1)(h) encompasses a claim against the property of the bankrupt. The Board claim under s. 133(1) targets a solvent principal. The two provisions are co-extensive, not mutually

Somme toute, l'al. 136(1)(h) vise une réclamation contre les biens du failli. La réclamation de la Commission, fondée sur le par. 133(1), vise un commettant solvable. Les deux dispositions coïnci-

exclusive. Use of s. 133(1) does not displace s. 136(1)(h); it complements it.

In closing, although I find there to be no conflict between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*, I posit that, even if there were to be some element of conflict, this must be evaluated in light of the fact that the provincial legislation is *intra vires*. Legislation that is *intra vires* is permitted to have an incidental and ancillary effect on a federal sphere. I would emphasize again that this Court has traditionally declined to invoke the paramountcy doctrine in the absence of actual operational conflict. I am uncomfortable with the “water-tight” approach to federal bankruptcy legislation propounded by the respondents. To interpret the quartet as requiring the invalidation of provincial laws which have any effect on the bankruptcy process is to undermine the theory of co-operative federalism upon which (particularly post-war) Canada has been built. In *Deloitte Haskins, supra*, at pp. 807-8, Wilson J. recognized it to be appropriate to adopt as narrow a definition of operational conflict as possible in order to allow each level of government as much area of activity as possible within its respective sphere of authority.

On a related note, a rather weak argument has been made to the effect that s. 133(1) is inoperative simply because it increases the total amount of the claims being made by creditors. I would respond that even if this were true on the facts, many pieces of provincial legislation achieve precisely the same goal. In fact, as discussed earlier, most claims against a bankrupt’s estate are grounded in provincial legislation; I do not see why *The Workers’ Compensation Act, 1979*, should be impugned because it may add a creditor to the list, when nearly all of the other creditors will have been added by virtue of other provincial statutes. Neither increasing the number of claims made nor decreasing the amount of assets in the estate is

dent et ne s’excluent pas mutuellement. Le recours au par. 133(1) ne remplace pas l’al. 136(1)(h), il le complète.

Pour terminer, bien que je conclue qu’il n’existe pas de conflit entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*, je pose comme principe que, même s’il existait une certaine mesure d’incompatibilité entre les deux textes, il faut examiner cette question en tenant pour acquis que la loi provinciale est constitutionnelle. Une loi provinciale constitutionnelle peut avoir un effet incident et accessoire sur un domaine de compétence fédérale. Je tiens à souligner, de nouveau, que notre Cour a traditionnellement refusé d’appliquer la règle de la prépondérance en l’absence d’un conflit réel d’application. Je suis mal à l’aise avec la façon «étanche» d’aborder la loi fédérale en matière de faillite, que les intimés préconisent. Interpréter le quatuor d’arrêts comme requérant l’invalidation des lois provinciales qui ont une incidence quelconque sur le processus de faillite minerait la théorie du fédéralisme coopératif sur laquelle le Canada (plus particulièrement celui d’après-guerre) a été érigé. Comme l’a reconnu le juge Wilson dans l’arrêt *Deloitte Haskins*, précité, aux pp. 807 et 808, il convient de restreindre autant que possible la définition de l’expression «conflit d’application» pour que chaque palier de gouvernement puisse exercer autant d’activités que possible dans sa propre sphère de compétence.

De façon connexe, on a avancé un argument plutôt faible voulant que le par. 133(1) soit inopérant simplement parce qu’il accroît le nombre total de réclamations présentées par des créanciers. Je répondrais à cet argument que, même si cela était vrai d’après les faits, de nombreuses lois provinciales réalisent précisément le même objectif. En fait, comme je l’ai déjà mentionné, la plupart des réclamations contre l’actif d’un failli se fondent sur une loi provinciale; je ne vois pas pourquoi *The Workers’ Compensation Act, 1979*, devrait être contestée parce qu’elle peut ajouter un créancier à la liste lorsque presque tous les autres créanciers y ont été ajoutés en vertu d’autres lois provinciales. Ni l’accroissement du nombre de réclamations ni

activity necessarily commensurate with altering the priorities of distribution among the creditors.

164 To this end, a principal's liability under s. 133(1) is not extinguished by the bankruptcy of the contractor.

(ii) The Validity of Section 133(3)

165 I find s. 133(1) to be constitutionally valid but because I believe (for reasons outlined *infra*) that the components of s. 133 are severable, I must evaluate s. 133(3) separately. As mentioned earlier, this provision engages a more direct interference with the bankruptcy scheme since it is the actual property of the bankrupt that is involved in the restitutionary claim launched by the principal. It constitutes, to my mind, the only linkage between the property of the principal and the estate of the bankrupt contractor. Section 133(3) reads as follows:

133. — . . .

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

166 Before proceeding any further, I believe it necessary to subdivide s. 133(3) into two parts because the provision enshrines two different remedies: that of set-off as well as that of indemnification. Clearly, set-off is the more intrusive of the two since it permits the principal to stand first in the priority scheme by taking away the property of the bankrupt before it enters the estate. As to indemnification, any such claim by the principal might have but an ancillary effect on the estate of the bankrupt since it only permits the principal to join the ranks of the unsecured creditors. On this latter point, I note that it has been submitted that s. 136(1)(h) might cover the amount owing to the principal; if so, then the principal would rank well above the unsecured creditors. Although it is not necessary to decide this issue, I shall simply

la diminution des biens dans l'actif ne se comparent nécessairement à la modification de l'ordre de priorité en matière de partage entre les créanciers.

À cette fin, la responsabilité qui incombe au commettant, en vertu du par. 133(1), ne disparaît pas avec la faillite de l'entrepreneur.

(ii) La validité du paragraphe 133(3)

Je conclus que le par. 133(1) est constitutionnel, mais, parce que je suis d'avis (pour les motifs exposés plus loin) que les composantes de l'art. 133 sont dissociables, il me faut évaluer le par. 133(3) séparément. Comme je l'ai déjà mentionné, cette disposition enclenche une ingénence plus directe dans le régime de faillite puisque c'est l'actif réel du failli qui est en cause dans la demande de restitution présentée par le commettant. Elle constitue, selon moi, le seul lien entre les biens du commettant et le patrimoine de l'entrepreneur failli. Voici le libellé du par. 133(3):

[TRADUCTION] 133. — . . .

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

Avant d'aller plus loin, j'estime nécessaire de subdiviser en deux parties le par. 133(3), du fait qu'il comporte deux réparations différentes: la compensation et l'indemnisation. De toute évidence, la compensation est la plus envahissante des deux puisqu'elle permet au commettant d'occuper le premier rang dans l'ordre de priorité, en enlevant au failli des biens avant qu'ils ne fassent partie de son actif. En ce qui concerne l'indemnisation, toute réclamation du commettant pourrait avoir seulement une incidence accessoire sur l'actif du failli puisqu'elle ne permet au commettant que de joindre les rangs des créanciers non garantis. Quant à ce dernier point, je souligne qu'on a prétendu que l'al. 136(1)h) pourrait viser le montant dû au commettant; dans l'affirmative, le commettant serait alors colloqué bien avant les créan-

assume that s. 136(1)(h) does not have such a wide ambit.

As will soon become evident, this sub-dividing of s. 133(3) is important: given that paramountcy doctrine operates to invalidate only to the extent of the operational conflict, it could be that because of their varying effects, the "set-off" claim could be struck while the indemnification claim remains operational: *Robinson, supra*, at p. 808; *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; Hogg, *supra*, at p. 16-18.

However, at this point in the analysis we come to s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*. Neither claim will be invalid if s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* can be interpreted in a way that will reconcile the priority scheme of the Act with the common law of set-off (and, implicitly, of indemnification) and if the claims embodied in s. 133(3) can be found to be merely reflective of those common law causes of action. Section 97(3), which provides that the law of set-off is to persist in bankruptcy, reads as follows:

(3) The law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences. [Emphasis added.]

Section 97(3) thus specifically envisions that there will be cases where money owing to the bankrupt will not enter the bankrupt's estate because it will have been set off against a debt owed by the bankrupt to that individual. As Grange J.A. noted in *Evelyn Stevens* (at p. 748), the money comes to the Board by virtue of the *Workers' Compensation Act*, R.S.O. 1980, c. 539:

ciers non garantis. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question, je supposerai simplement que l'al. 136(1)(h) n'a pas une portée aussi large.

Comme on le constatera bientôt, cette subdivision du par. 133(3) est importante: puisque la règle de la prépondérance n'a pour effet d'invalider que dans la mesure de l'incompatibilité d'application, il se pourrait qu'en raison de leurs effets divergents la demande de compensation soit annulée et la demande d'indemnisation demeure applicable: *Robinson*, précité, à la p. 808; *MacDonald c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; Hogg, *op. cit.*, à la p. 16-18.

Toutefois, à cette étape de l'analyse, nous en arrivons au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*. Ni l'une ni l'autre des réclamations ne sera invalide si le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite* peut être interprété de façon à concilier l'ordre de priorité établi par la Loi et les règles de compensation (et, implicitement d'indemnisation) reconnues en common law, et si l'on peut conclure que les réclamations visées au par. 133(3) reflètent simplement ces causes d'action reconnues en common law. Le paragraphe 97(3), qui prévoit que les règles de compensation continuent de s'appliquer en matière de faillite, se lit ainsi:

(3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses. [Je souligne.]

Le paragraphe 97(3) prévoit donc expressément qu'il y aura des cas où des sommes dues au failli n'entreront pas dans son actif parce qu'il y aura eu compensation avec une créance due par le failli à cette personne. Comme le juge Grange de la Cour d'appel l'a fait remarquer dans l'arrêt *Evelyn Stevens* (à la p. 748), l'argent est versé à la Commission en vertu de la *Loi sur les accidents du tra-*

167

168

169

“[i]t is the *Bankruptcy Act* itself and not the provincial legislation that recognizes rights of set-off”. I note in passing that the right of set-off in s. 97(3) includes both legal and equitable set-off: Houlden and Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. 1993), vol. 1, at pp. 4-90 and 4-91. This Court has recognized that legal set-off does not operate within the context of an assignment since that assignment destroys the mutuality of the cross-obligations between the parties: *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193. In the case at bar, Metal Fab assigned its book debts to the Bank, thereby presumptively eliminating the availability of legal set-off. To this end, my focus shall be limited to equitable set-off.

vail, R.S.O. 1980, ch. 539: [TRADUCTION] «[c]’est la *Loi sur la faillite* elle-même et non la loi provinciale qui reconnaît des droits de compensation». Je souligne, en passant, que le droit de compensation visé au par. 97(3) comprend à la fois la compensation en common law et la compensation en *equity*: Houlden et Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3^e éd. 1993), vol. 1, aux pp. 4-90 et 4-91. Notre Cour a reconnu que la compensation en common law ne s’applique pas dans le contexte d’une cession puisque la cession détruit la réciprocité des obligations entre les parties: *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193. En l’espèce, Metal Fab a fait cession de ses comptes débiteurs à la Banque, éliminant ainsi par présomption la possibilité de recourir à la compensation en common law. C’est pourquoi je m’en tiendrai à l’examen de la compensation en *equity*.

170

The fundamental question at this juncture is whether s. 133(3) is merely declaratory of the rights to set-off and indemnification that existed at equity. If s. 133(3) creates no new rights of set-off and merely confirms the availability of traditional equitable set-off, it is consistent with the *Bankruptcy Act*. In this regard, I rely on the *Henfrey Samson* case. In *Henfrey Samson*, McLachlin J. suggested at (pp. 34-35) that if the statutory device (in that case a trust) shared the characteristics of its common law counterpart, the former would be compatible with the *Bankruptcy Act* even if it affected the distribution scheme. On the other hand, if the statutory device was wider in scope than that available at law or equity, there would be conflict and the device would need to be declared a nullity. In *Henfrey Samson*, the Court found that the statutory trust shared none of the characteristics of a trust established under the general principles of law; accordingly, it was susceptible to invalidation on the ground of interference with the order of priorities. In this regard (and as shall become evident *infra*), *Henfrey Samson* is distinguishable from the case at bar. No “deeming” is necessary to bring Husky within the four corners of the “law of set-off” as that term is used in s. 97(3).

La question fondamentale, à ce stade-ci, est de savoir si le par. 133(3) ne fait que déclarer les droits à la compensation et à l’indemnisation qui existaient en *equity*. Si le par. 133(3) ne crée pas de nouveaux droits de compensation et ne fait que confirmer la possibilité de recourir à la compensation traditionnelle en *equity*, il est compatible avec la *Loi sur la faillite*. À cet égard, je me fonde sur l’arrêt *Henfrey Samson*. Dans cet arrêt, le juge McLachlin laisse entendre (aux pp. 34 et 35) que, si le mécanisme créé par la loi (en l’occurrence une fiducie) possédait les mêmes caractéristiques que son équivalent en common law, il serait compatible avec la *Loi sur la faillite* même s’il influait sur le plan de répartition. Par contre, si le mécanisme créé par la loi avait une plus grande portée que celui qui existe en common law ou en *equity*, il y aurait alors conflit et ce mécanisme devrait être déclaré nul. Dans l’arrêt *Henfrey Samson*, notre Cour a conclu que la fiducie créée par la loi ne possédait aucune des caractéristiques d’une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit; en conséquence, elle pouvait être invalidée pour le motif qu’elle portait atteinte à l’ordre de priorité. À cet égard (et comme on le verra plus loin), l’arrêt *Henfrey Samson* peut être distingué de la présente affaire. Aucune présomption n’est nécessaire pour que les «règles de la compensation», au sens du par. 97(3), s’appliquent à Husky.

I note that set-off operated within the bankruptcy context as early as the time of Elizabeth I. The first specific statutory set-off clause was codified in a 1705 statute: Philip R. Wood, *English and International Set-Off* (1989), at p. 282. The rationale behind the use of set-off in the bankruptcy context is aptly summarized by Fletcher Moulton L.J. in *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), at p. 178:

The right of set-off in bankruptcy has been dealt with by various statutes, but takes its origin from the fact that the jurisdiction in bankruptcy was from the first an equitable jurisdiction. The successive statutory formulations of the consequence of this principle, embodied in the clauses as to mutual credit, dealings, &c., have never altered this fundamental principle, and, speaking for myself, I cannot see any ground why in the present instance the injustice should be perpetrated of making a person who in the balance is not a debtor to the estate pay in full the sum due to the estate and receive only a dividend on the sums due from the estate.

In my opinion, s. 133(3) is duplicative of the law of equitable set-off as delineated by this Court in *Telford, supra*, and confers a right that does not go beyond what would be ordinarily available at law or equity. Moreover, under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, a province has the competence to codify legal and equitable rules related to set-off. Ostensibly, the motivation behind the codification of these rules in s. 133(3) is to facilitate recovery by principals, many of whom would be more familiar with the terms of a statute than the intricacies of the common law.

Regarding the declaratory nature of Husky's claim against the now assigned estate of the bankrupt, I note that, absent s. 133(3), such a claim would exist according to the law of restitution or the law of contract. In terms of restitution, it is settled that a person may claim for recoupment or reimbursement of monies expended by him under compulsion of law if the effect of such a payment is to discharge the liability of another. In other words, A will be allowed to recover from B by

Je fais remarquer que la compensation s'appliquait dans le contexte de la faillite dès l'époque de la reine Élisabeth 1^{re}. La première disposition législative spécifique en matière de compensation a été codifiée dans une loi de 1705: Philip R. Wood, *English and International Set-Off* (1989), à la p. 282. Dans l'affaire *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), à la p. 178, le lord juge Fletcher Moulton résume bien la raison d'être du recours à la compensation en matière de faillite:

[TRADUCTION] Le droit de compensation en matière de faillite a été traité dans diverses lois, mais il tire son origine du fait que la compétence en cette matière était initialement une compétence d'*equity*. Les formulations légales successives de la conséquence de ce principe, incorporées dans les dispositions sur le crédit mutuel, les opérations, etc. [. . .] n'ont jamais eu pour effet de modifier ce principe fondamental et, personnellement, je ne vois en l'espèce aucun motif de commettre l'injustice d'obliger une personne, qui, finalement, n'est pas un débiteur de la faillite, à payer toute la somme due au failli et à ne recevoir de la faillite qu'une quote-part des sommes dues.

À mon avis, le par. 133(3) reprend les règles de la compensation en *equity* que notre Cour a énoncées dans l'arrêt *Telford*, précité, et il confère un droit qui ne va pas au-delà de ce qui pourrait normalement être invoqué en common law ou en *equity*. De plus, en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, une province a compétence pour codifier les règles de common law et d'*equity* en matière de compensation. De toute évidence, le motif qui sous-tend la codification de ces règles au par. 133(3) est de faciliter le recouvrement par des commettants, dont bon nombre connaîtraient mieux les dispositions d'une loi que les complexités de la common law.

En ce qui concerne le caractère déclaratoire de la réclamation de Husky contre l'actif maintenant cédé du failli, je précise qu'une telle réclamation, en l'absence du par. 133(3), existerait en vertu du droit en matière de restitution ou du droit des contrats. En ce qui concerne la restitution, il est bien établi qu'une personne peut réclamer le recouvrement ou le remboursement de sommes dépensées sous contrainte légale si l'effet de ce paiement est de dégager une autre personne de toute responsabi-

171

172

173

way of set-off where A has been required to make a payment to C on B's behalf. I am supported in this conclusion by the following passage cited from *Moule v. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101, at p. 104:

"Where the plaintiff has been compelled by law to pay, or, being compellable by law, has paid money which the defendant was ultimately liable to pay, so that the latter obtains the benefit of the payment by the discharge of his liability; under such circumstances the defendant is held indebted to the plaintiff in the amount."

174

This point was addressed in a more detailed manner in the decision of Lord Wright M.R. in *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534 (C.A.), at p. 544:

The essence of the rule is that there is a liability for the same debt resting on the plaintiff and the defendant and the plaintiff has been legally compelled to pay, but the defendant gets the benefit of the payment, because his debt is discharged either entirely or pro tanto, whereas the defendant is primarily liable to pay as between himself and the plaintiff. The case is analogous to that of a payment by a surety which has the effect of discharging the principal's debt and which, therefore, gives a right of indemnity against the principal. [Emphasis added.]

175

In the case at bar (assuming that the order was validly made and limited to the liabilities arising from Metal Fab's work for Husky), Husky is eligible for set-off since Husky's liability to pay arose only as a consequence of Metal Fab's default regarding its requirement to make payments to the Injury Fund. Payment by Husky would have the obvious effect of releasing Metal Fab of its liability to the Board. Thus, in light of the fact that Husky is under a clear legal obligation to make the payments in question, it follows that this is a circumstance where Husky is entitled to seek restitution from Metal Fab. In this connection, the Workers' Compensation Board of British Columbia points out that the B.C. legislation does not include an explicit recognition of set-off, but still the B.C. courts appear to have read it according to the general principles of restitution.

lité. En d'autres termes, A sera autorisé à recouvrer de B par voie de compensation dans le cas où A a dû payer C au nom de B. Le passage suivant cité dans *Moule c. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101, à la p. 104, vient appuyer cette conclusion:

[TRADUCTION] «Si le demandeur a été ou peut être légalement contraint de payer une somme que le défendeur était en fin de compte tenu de payer, de sorte que le défendeur tire profit de ce paiement en se trouvant dégagé de toute responsabilité, le défendeur doit alors ce montant au demandeur.»

Ce point a été examiné de façon plus détaillée dans l'arrêt du maître des rôles lord Wright, *Brook's Wharf and Bull Wharf Ltd. c. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534 (C.A.), à la p. 544:

[TRADUCTION] La règle veut essentiellement que le demandeur et le défendeur soient responsables de la même dette et que le demandeur ait été légalement contraint de payer, mais que le défendeur tire profit du paiement parce que sa dette est payée que ce soit entièrement ou en partie, alors que le défendeur est principalement responsable du paiement au demandeur. L'affaire est analogue au paiement effectué par une caution, qui a pour effet d'acquitter la dette du débiteur principal et de conférer, de ce fait, un droit d'être indemnisé par ce dernier. [Je souligne.]

En l'espèce (à supposer que l'ordonnance ait été valablement rendue et restreinte aux responsabilités découlant du travail que Metal Fab a effectué pour Husky), Husky a droit d'opérer compensation puisqu'elle n'était responsable du paiement qu'en raison du défaut de Metal Fab de faire ses paiements à la caisse des accidents. Le paiement effectué par Husky aurait manifestement pour effet d'exonérer Metal Fab de toute responsabilité envers la Commission. Ainsi, compte tenu du fait que Husky est légalement tenue de faire les paiements en question, il s'ensuit qu'il s'agit d'un cas où Husky a le droit de faire une demande de restitution à Metal Fab. À cet égard, la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique fait remarquer que les lois de la Colombie-Britannique ne reconnaissent pas explicitement la compensation, mais que les tribunaux de cette province paraissent les avoir interprétées conformément aux principes généraux de la restitution.

The second ground for set-off independent of s. 133(3) arises from the contractual relationship between Metal Fab and Husky. The contracts binding the parties, in clauses 12.01 and 13.01, oblige the contractor to “comply with all laws” and indemnify the principal from any expense arising from the “negligent performance, purported performance or non-performance of the Contract” by the contractors. Given this language, Metal Fab’s failure to pay amounts owing to the Board constituted a breach of its contractual obligations to Husky. An indemnification claim rises concomitantly. This claim stands apart from s. 133(3).

It is submitted that the fact that the property of the bankrupt has been assigned to the Bank and, thus, that the debt is no longer technically owed to Metal Fab but to the Bank of Montreal, militates against a finding that the law of set-off applies in this case. I disagree. Equitable set-off (unlike legal set-off) can operate within the context of an assignment, even of book debts: *Telford, supra*, at pp. 206-9, affirming *Government of Newfoundland v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199 (P.C.). The only pre-requisite to set-off against the assignee is that the claim against the assignee is to arise out of the same contract or series of events which gave rise to the original claim or be closely connected with that contract or series of events. As noted by Wilson J. in *Telford, supra*, at p. 211:

... cases involving [set-off] debts that arise from the same contract or closely inter-related contracts form an exception to the general rule. In these cases a debt arising out of the contract or closely interrelated contracts may be set-off against the assignee even if the debt accrued due after the notice of the assignment.

In *Telford*, the two debts arose out of a land-swap. The Telfords and Canadian Stanley Development Ltd. exchanged lands of equal value, each paying the other a different cash sum and each tak-

Le second motif justifiant la compensation, indépendamment du par. 133(3), découle du lien contractuel entre Metal Fab et Husky. Les clauses 12.01 et 13.01 des contrats qui lient les parties obligent l’entrepreneur à [TRADUCTION] «se conformer à toutes les lois» et à indemniser le commettant de toute dépense résultant [TRADUCTION] «de l’exécution négligente, de la prétendue exécution ou de l’inexécution du contrat» par les entrepreneurs. Selon ces termes, le défaut de Metal Fab de payer à la Commission les sommes qu’elle lui devait constituait une violation de ses obligations contractuelles envers Husky, ce qui donne lieu à une demande concomitante d’indemnisation. La présente réclamation est fondée indépendamment du par. 133(3).

On soutient que le fait que les biens du failli aient été cédés à la Banque et, par conséquent, que la dette ne soit plus techniquement envers Metal Fab, mais envers la Banque de Montréal, justifie de ne pas conclure à l’application des règles de la compensation en l’espèce. Je ne suis pas de cet avis. La compensation en *equity* (contrairement à la compensation en common law) peut s’appliquer dans le contexte d’une cession, même de comptes débiteurs: *Telford*, précité, aux pp. 206 à 209, confirmant *Government of Newfoundland c. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199 (C.P.). La seule condition préalable pour qu’il y ait compensation opposable au cessionnaire est que la réclamation contre celui-ci découle du même contrat ou de la même série d’événements à l’origine de la réclamation initiale, ou qu’elle leur soit étroitement reliée. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans l’arrêt *Telford*, précité, à la p. 211:

... les affaires où il s’agit de dettes découlant d’un même contrat ou de contrats étroitement reliés constituent une exception à la règle générale. En effet, une dette de ce genre peut être opposée en compensation au cessionnaire, même si elle devient exigible après l’avis de cession.

Dans l’arrêt *Telford*, les deux créances découlaient d’un échange de biens-fonds. Les Telford et Canadian Stanley Development Ltd. ont échangé des biens-fonds de valeur égale. Chaque partie a

ing back a first mortgage or a second mortgage. The end result of the transaction was that on closing Canadian Stanley would pay the Telfords \$50,000 which the Telfords would use for the purpose of financing the construction of a residence on their new land. Five days prior to the closing of its deal with the Telfords, Canadian Stanley assigned its mortgage to the Holts to secure the balance of the purchase price on a piece of land the Holts had sold to Canadian Stanley, but failed to notify the Telfords about this assignment before the transaction with them was closed. The Telfords later agreed to a postponement of the Canadian Stanley mortgage resulting in the priority of that mortgage moving from second to third place on title. The Telfords only learned about Canadian Stanley's assignment after trying to tender their first payment on the mortgage. They then indicated that a court application for a discharge of the mortgage would be made. Shortly thereafter, the Holts demanded the payment then due (\$50,000 plus interest, for a total of \$50,886.60) and filed a statement of claim against the Telfords for the entire amount owing (this being \$150,000, independent of the amount owing on the mortgage). This claim was based upon a clause in the Telford mortgage which provided that upon default of any payment of the principal the whole amount would become payable. After receiving notice of the Holts' statement of claim, the Telfords paid the \$50,886.60 into court and then counter-claimed for a discharge of the mortgage, alleging that they had the right to set off the debt owed to them by Canadian Stanley against the assignee Holts' claim.

versé à l'autre une somme différente en espèces et elles se sont consenti des hypothèques de premier rang dans un cas et de deuxième rang dans l'autre cas. Une fois l'opération complétée, Canadian Stanley verserait aux Telford la somme de 50 000 \$ que ceux-ci utiliseraient pour financer la construction d'une résidence sur leur nouveau terrain. Cinq jours avant que l'opération avec les Telford soit complétée, Canadian Stanley a cédé son hypothèque aux Holt pour garantir le solde du prix d'achat d'un terrain que les Holt lui avaient vendu; cependant, Canadian Stanley n'a pas avisé les Telford de cette cession avant que l'opération avec eux ne soit complétée. Les Telford ont, par la suite, consenti à ce que l'hypothèque de Canadian Stanley soit modifiée de manière à passer du deuxième au troisième rang sur le titre de propriété. Les Telford n'ont été mis au courant de la cession qu'après avoir essayé de faire le premier paiement au titre de l'hypothèque. Ils ont alors manifesté leur intention de demander à la cour la mainlevée de l'hypothèque. Peu après, les Holt ont exigé que soit effectué le versement dû (50 000 \$ plus les intérêts, soit un total de 50 886,60 \$) et ont produit une déclaration réclamant aux Telford le remboursement intégral de la dette (soit 150 000 \$, indépendamment du montant dû au titre de l'hypothèque). Cette réclamation était fondée sur une clause de l'hypothèque des Telford qui prévoyait qu'à défaut de tout paiement à valoir sur le capital, la totalité du capital deviendrait due. Après qu'ils eurent reçu signification de la déclaration des Holt, les Telford ont consigné à la cour la somme de 50 886,60 \$, puis ont demandé reconventionnellement la mainlevée de l'hypothèque, soutenant qu'ils avaient le droit d'opposer la créance qu'ils avaient envers Canadian Stanley en compensation de la réclamation des Holt, les cessionnaires.

179

Wilson J. permitted the Telfords to use the doctrine of equitable set-off. It was duly noted that the debts did not accrue until after the assignment. However, Wilson J. did find that equitable set-off could operate since the debts were so closely connected that it would have been unfair to enforce one without allowing the setting off of the other.

Le juge Wilson a permis aux Telford de recourir à la règle de la compensation en *equity*. Elle a bien fait remarquer que les créances n'étaient devenues exigibles qu'après la cession. Cependant, le juge Wilson a statué que la compensation en *equity* pouvait s'appliquer puisque les créances étaient si étroitement reliées qu'il aurait été injuste d'exiger le paiement de l'une sans autoriser la compensation de l'autre.

The specific assignment and the specific bankruptcy extant in the case at bar satisfy the *Telford* test. I note that the debt from Metal Fab to Husky accrued on the date of the demand to Husky by the Board (March 16, 1992). This was four days after Husky was given notice of the assignment to the Bank yet before the occurrence of the actual assignment. However, the *Telford* test is met since Husky's indemnity claim arose out of the very contracts pursuant to which funds are now owing to the Bank of Montreal; in fact, Husky has a direct interest in the bankrupt's property which, by force of the assignment, is now held by the Bank. Moreover, the nexus between the amounts Husky seeks to set off and the assigned debt can be said to be more direct than it has been in other cases where equitable set-off has been allowed: *Hanak v. Green*, [1958] 2 All E.R. 141 (C.A.); *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14 (B.C.C.A.); *Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066 (C.A.), affirmed [1979] A.C. 757 (H.L.).

The cause of action specifically contemplated by Husky (i.e., a principal seeking restitution from an assignee for book debts from a assignor whose delinquency prompted the principal's liability in the first place) is of a sufficiently interconnected nexus so as to fit the "closeness" criteria mandated by the *Telford* test. This is especially the case when the assignee knew about the outstanding debts before receiving assignment of the estate. I am not persuaded by the Bank's submission that equitable set-off is not available because the right to indemnification did not arise under the contract. This analysis ignores the essential characterization of the debts. The basis of the indemnification in the appeal at bar is the debt paid by Husky on behalf of Metal Fab which related to the contracts signed between those two parties. Furthermore, according Husky the ability to set off also fulfils what is likely the principal *raison d'être* of the doctrine of

La cession et la faillite dont il est question en l'espèce satisfont au critère de l'arrêt *Telford*. Je souligne que la dette de Metal Fab envers Husky est devenue exigible à la date de la demande adressée à Husky par la Commission (le 16 mars 1992), soit quatre jours après que Husky eut été avisée de la cession à la Banque, mais avant la réalisation de la cession même. Toutefois, le critère de l'arrêt *Telford* est respecté puisque la demande d'indemnité de Husky se fondait sur les contrats mêmes en vertu desquels des sommes sont maintenant dues à la Banque de Montréal; en fait, Husky a un intérêt direct dans les biens du failli qui, par suite de la cession, sont maintenant détenus par la Banque. De plus, on peut affirmer qu'il existe, entre les montants visés par la demande de compensation de Husky et la créance cédée, un lien plus direct que celui qui existait dans d'autres cas où la compensation en *equity* a été autorisée: *Hanak c. Green*, [1958] 2 All E.R. 141 (C.A.); *Coba Industries Ltd. c. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14 (C.A.C.-B.); *Federal Commerce and Navigation Ltd. c. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066 (C.A.), confirmé par [1979] A.C. 757 (H.L.).

La cause d'action spécifiquement envisagée par Husky (c.-à-d. un commettant qui demande restitution auprès d'un cessionnaire au titre des comptes débiteurs d'un cédant dont le défaut a engagé la responsabilité du commettant au départ) présente un lien suffisamment étroit pour satisfaire au critère de «proximité» exigé dans l'arrêt *Telford*. Cela est tout particulièrement vrai si le cessionnaire était au courant des dettes impayées avant de se faire céder l'actif. L'argument de la Banque ne me convainc pas que la compensation en *equity* ne peut pas être appliquée parce que ce n'est pas le contrat qui a donné naissance au droit à l'indemnisation. Cette analyse ne tient pas compte de la caractérisation des dettes. En l'espèce, le fondement de l'indemnisation est la dette payée par Husky pour le compte de Metal Fab, relativement aux contrats signés par ces deux parties. En outre, accorder à Husky la possibilité d'opérer compensation satisfait également à ce qui constitue vraisemblablement la raison d'être principale de la règle de

equitable set-off in the first place, namely the promotion of fairness.

182 Lord Denning M.R., in the *Federal Commerce* case, remarks at p. 1078 (C.A.):

We have to ask ourselves: what should we do now so as to ensure fair dealing between the parties? . . . This question must be asked in each case as it arises for decision

183 I recognize that, in the appeal at bar, Husky is liable under the terms of s. 133(1). Moreover, s. 133(1) entrenches an absolute liability standard in order to create joint and several responsibility among all employers for the sums that one of them has left unpaid. The question then arises why it would remain "fair" to allow Husky to, in the end, escape the effects of this liability by permitting all of the unpaid dues to flow from the estate of the insolvent bankrupt, to the detriment of the other creditors.

184 My response is twofold: (1) although s. 133 renders the principal and the contractor jointly and severally liable to the Board, as between the principal and contractor it is clear that the primary liability reposes with the contractor and, consequently, the solicitation of contribution for payments made on behalf of that contractor by the principal is consonant with commercial fairness; and (2) Husky's insistence that the contract contain terms obliging Metal Fab to make the payments to the Board and its decision to hold back funds (this being a standard industry practice), although certainly not relieving it of liability under s. 133, does militate in favour of a finding that Husky's conduct was such that it would be equitable and fair to allow it the right of set-off.

185 Apart from United Kingdom jurisprudence, the most persuasive authority cited to us on the s. 133(3) issue is the Ontario Court of Appeal's decision in *Evelyn Stevens*. Grange J.A., after reviewing the authorities, concluded that equitable set-off was available to a principal who had become fixed

la compensation en *equity*, à savoir la promotion de l'équité.

Dans l'arrêt *Federal Commerce*, le maître des rôles lord Denning fait remarquer, à la p. 1078 (C.A.):

[TRADUCTION] La question que nous devons nous poser est plutôt celle de savoir ce qu'il convient de faire maintenant pour assurer aux parties un traitement équitable [. . .] Cette question doit se poser dans chaque affaire qui parvient devant les tribunaux . . .

Je reconnais que la responsabilité de Husky est engagée, en l'espèce, en vertu du par. 133(1). De plus, le par. 133(1) consacre une norme de responsabilité absolue afin d'assujettir tous les employeurs à une responsabilité solidaire pour les sommes que l'un d'eux n'a pas payées. Il s'agit alors de savoir pourquoi il serait toujours «juste» que Husky puisse en fin de compte échapper aux effets de cette responsabilité en permettant que toutes les sommes dues soient payées sur l'actif du failli insolvable, au détriment des autres créanciers.

Ma réponse comporte deux volets: (1) bien que l'art. 133 rende le commettant et l'entrepreneur solidairement responsables envers la Commission, il est clair, en ce qui les concerne, que c'est l'entrepreneur qui est principalement responsable et, par conséquent, la demande de cotisation pour les paiements que le commettant a effectués pour le compte de cet entrepreneur est compatible avec l'équité commerciale; et (2) le fait que Husky insiste pour dire que le contrat renferme des conditions obligeant Metal Fab à effectuer des paiements à la Commission et la décision qu'elle a prise de faire une retenue de garantie (une pratique courante dans ce secteur), quoique ne la dégageant sûrement pas de sa responsabilité en vertu de l'art. 133, justifient de conclure que la conduite de Husky fait qu'il serait équitable et juste de lui consentir le droit de compensation.

Outre la jurisprudence du Royaume-Uni, l'arrêt *Evelyn Stevens* de la Cour d'appel de l'Ontario est le plus convaincant qui nous a été cité relativement au par. 133(3). Après avoir examiné la jurisprudence, le juge Grange a conclu qu'un commettant pouvait se prévaloir de la compensation en *equity*

with liability for the contractor's unpaid debts. He concluded at p. 749:

Whether or not the money was due to the principal before the bankruptcy, it most assuredly "arose out of or was closely connected with the same contract or series of events".

The Bank of Montreal also submits that s. 97(3) is not applicable to a situation where there are secured creditors who own the funds of the bankrupt. To this end, although s. 97(3) may have been applicable to the facts in *Evelyn Stevens*, it is not so to the case at bar. In response, I note that s. 97(3) deems the law of set-off to operate in relation to all claims made against the estate of the bankrupt. There is no distinction made regarding the types of claims. And the Bank is the owner of nothing less and nothing more than the "estate of the bankrupt".

I thus find that, since s. 97(3) encapsulates the rights ordinarily available to Husky at equity, s. 133(3) is fully operative in the case at bar, as well as to all situations in bankruptcy where the principal would fall within the *Telford* test as I have interpreted it.

(iii) Does the Partial or Total Invalidity of Section 133(3) Render Section 133(1) Inoperative?

It is not necessary to consider this issue since I find that subs. (3) is constitutionally valid. However, I would like to offer certain comments on the interplay between ss. 133(1) and (3).

It is important to recognize that s. 133(1) does not make the principal's obligation to the Board in any way contingent upon the principal's ability to obtain indemnity (through set-off or otherwise) under s. 133(3). There may be many cases in which there is either no indebtedness between the principal and the contractor or insufficient indebtedness to cover the full liability involved. Yet, in either of these situations, s. 133(1) is still fully applicable. To this end, not only does s. 133(1) operate in isolation of the bankruptcy, it also operates independently from s. 133(3). Section 133(1)

s'il avait écopé de la responsabilité pour les dettes impayées de l'entrepreneur. Il conclut, à la p. 749:

[TRADUCTION] Peu importe que les sommes aient été dues ou non au commettant avant la faillite, il n'y a pas le moindre doute qu'elles «découlaient du même contrat ou de la même série d'événements, ou [qu'elles] leur étaient étroitement reliées».

La Banque de Montréal soutient également que le par. 97(3) n'est pas applicable à une situation où des créanciers garantis possèdent les fonds du failli. En ce sens, quoique le par. 97(3) ait pu être applicable aux faits de l'arrêt *Evelyn Stevens*, ce n'est pas le cas en l'espèce. Je réponds à cet argument qu'aux termes du par. 97(3) les règles de la compensation sont réputées s'appliquer à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli. On ne fait pas de distinction entre les types de réclamations. La Banque est propriétaire de ni rien de plus ni rien de moins que «l'actif du failli».

En conséquence, je conclus que, puisque le par. 97(3) incorpore les droits que Husky peut normalement invoquer en *equity*, le par. 133(3) est entièrement opérant en l'espèce ainsi que dans tous les cas de faillite où le commettant serait assujéti au critère de l'arrêt *Telford*, tel que je l'ai interprété.

(iii) L'invalidité totale ou partielle du paragraphe 133(3) rend-elle le paragraphe 133(1) inopérant?

Il n'est pas nécessaire d'examiner cette question puisque je conclus à la constitutionnalité du par. (3). Cependant, j'aimerais faire certains commentaires sur l'interaction des par. 133(1) et (3).

Il est important de reconnaître que le par. 133(1) ne subordonne aucunement l'obligation du commettant envers la Commission à sa capacité d'être indemnisé (par voie de compensation ou autrement) en vertu du par. 133(3). Il peut y avoir bien des cas où soit qu'il n'y aura pas de dette entre le commettant et l'entrepreneur, soit que la dette sera insuffisante pour couvrir le plein montant de la responsabilité en cause. Cependant, dans ces deux cas, le par. 133(1) est pleinement applicable. À cette fin, non seulement le par. 133(1) s'applique-t-il indépendamment de la faillite, mais encore il

186

187

188

189

is the key feature of s. 133 as a whole. It aims at preserving the integrity of the Injury Fund. Section 133(3) is clearly secondary in this regard. Consequently, I do not accept Husky's argument that s. 133(1) was intended solely to operate in conjunction with s. 133(3). Although I might be prepared to find that s. 133(3) and the equitable rights it codifies cannot operate independently from s. 133(1), I have no doubt that s. 133(1) can operate independently from s. 133(3). The legislature contemplated that s. 133(3) may not always be available to assist a principal to recoup sums paid under subs. (1).

s'applique indépendamment du par. 133(3). Le paragraphe 133(1) est l'élément clé de l'art. 133. Il vise à préserver l'intégrité de la caisse des accidents. Le paragraphe 133(3) joue nettement un rôle secondaire à cet égard. En conséquence, je n'accepte pas l'argument de Husky, selon lequel le par. 133(1) n'est destiné qu'à s'appliquer conjointement avec le par. 133(3). Bien que je puisse être disposé à conclure que le par. 133(3) et les droits d'*equity* qu'il codifie ne sont pas applicables indépendamment du par. 133(1), je ne doute pas que le par. 133(1) peut s'appliquer indépendamment du par. 133(3). Le législateur a envisagé la possibilité que le par. 133(3) ne puisse pas toujours aider un commettant à récupérer des sommes payées en vertu du par. (1).

190 The argument was raised that s. 133(1) cannot stand alone since, without the accompaniment of s. 133(3), it is a draconian, unreasonable provision tantamount to an expropriation. But the point of the matter is that, since s. 133(3) is merely declaratory of law and equity, s. 133(1) does not exist without a right to indemnification (or to set-off).

On a soutenu que le par. 133(1) ne peut exister seul car, sans le par. 133(3), il constitue une disposition draconienne et déraisonnable équivalant à une expropriation. Cependant, il reste que, puisque le par. 133(3) ne fait que déclarer des règles de common law et d'*equity*, le par. 133(1) n'existe pas sans un droit à l'indemnisation (ou à la compensation).

191 If s. 133(3) were invalid and if the law did not incorporate the equitable right of set-off (as discussed *supra*), then s. 133(1) would operate to guarantee the Board payment from the principal without a corresponding restitutionary recourse on behalf of the latter. Although this may seem a difficult burden to bear, in a sense it is simply the cost of doing business in a context where, for public policy reasons, the yoke of the contractor's delinquency is placed on the principal's shoulders instead of those of the workers. Although heavy, this burden, in my mind, is not draconian. It is partly attenuated by the fact that Husky, as a sophisticated employer, can be safely assumed to be well-versed in the practice of obtaining clearance certificates to protect itself from principal's liability under s. 133(1). These certificates allow a principal to determine in advance of releasing funds to a contractor whether that contractor has outstanding indebtedness to the Board. However, even if it created a draconian burden, there is nothing barring the legislature from passing such legis-

Si le par. 133(3) était invalide et si la common law n'incorporait pas le droit de compensation reconnu en *equity* (tel que discuté plus haut), alors le par. 133(1) aurait pour effet de garantir à la Commission qu'elle obtiendrait paiement du commettant, sans offrir à ce dernier un recours en restitution. Bien que cela puisse sembler un fardeau difficile à assumer, en un sens ce n'est que le prix à payer pour faire des affaires dans un contexte où, pour des motifs d'ordre public, on fait assumer les conséquences du défaut de l'entrepreneur par le commettant plutôt que par les travailleurs. Quoique lourd, ce fardeau n'est pas, à mon avis, draconien. Il est allégé en partie par le fait qu'il est possible de supposer sans risque d'erreur que Husky, en tant qu'employeur averti, connaît bien la pratique de l'obtention des attestations de paiement afin d'échapper à la responsabilité du commettant prévue au par. 133(1). Ces attestations permettent à un commettant de déterminer, avant de remettre des fonds à un entrepreneur, si cet entrepreneur doit des sommes à la Commission. Cepen-

lation. The following passage from La Forest J.A. (as he then was) in *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201, at p. 214, is pertinent:

The courts should not . . . place themselves in the position of frustrating regulatory schemes or measures obviously intended to reallocate rights and resources simply because they affect vested rights. For legislation almost inevitably affects vested rights.

The legislature can even pass expropriation legislation (much more onerous than s. 133(1)) as long as the language is clear: *TransGas Ltd.*, *supra*; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101.

There are also policy reasons as to why s. 133(1) ought to be viewed as operating independently from s. 133(3). The Workers' Compensation Board of Alberta argues convincingly:

. . . it is submitted that to not construe section 133(1) . . . separately from section 133(3) would allow mischief to creep into industrial practices. An unscrupulous employer could incorporate a subcontractor to provide all its labour services. Thereafter if that former employer (now a principal) could not be held liable under section 133(1) where the subcontractor is allowed to go into or assigns itself into bankruptcy, the Accident [Injury] Fund is at risk. Ultimately, if such a practice became widespread, the efficacy of the workers' compensation system could be undermined.

In sum, I respectfully disagree with the trial judge's and Court of Appeal's conclusions that s. 133 is to be treated as an indivisible whole. Although this finding is not necessary to dispose of this appeal, I hope that it may settle any extant, and preclude any future, confusion regarding the

dant, même si cette mesure législative créait un fardeau draconien, rien n'empêche le législateur de l'adopter. L'extrait suivant des motifs du juge La Forest (maintenant juge de notre Cour) dans l'arrêt *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 201 (C.A.), à la p. 234, est pertinent:

[TRADUCTION] Les tribunaux ne devraient pas [. . .] adopter une position qui ferait échouer des plans ou des mesures de réglementation dont l'intention manifeste est de redistribuer des droits et des ressources simplement parce qu'ils portent atteinte à des droits acquis, car le processus législatif porte presque inévitablement atteinte à des droits acquis.

Le législateur peut même adopter une loi en matière d'expropriation (beaucoup plus onéreuse que le par. 133(1)) dans la mesure où le texte est clair: *TransGas Ltd.*, précité; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101.

Il y a aussi des raisons de principe de considérer que le par. 133(1) s'applique indépendamment du par. 133(3). La Workers' Compensation Board de l'Alberta fait valoir de façon convaincante:

[TRADUCTION] . . . on soutient que ne pas interpréter le paragraphe 133(1) [. . .] séparément du paragraphe 133(3) permettrait à des irrégularités de se glisser dans les pratiques industrielles. Ainsi, un employeur dénué de scrupules pourrait demander à un sous-entrepreneur de fournir tous ses services de main-d'œuvre. Par la suite, si cet ancien employeur (maintenant commettant) ne pouvait être tenu responsable en vertu du paragraphe 133(1) dans le cas où le sous-entrepreneur pourrait faire faillite ou faire cession de ses biens, la caisse des accidents serait en danger. En fin de compte, si une telle pratique devenait répandue, l'efficacité du régime d'indemnisation des accidents du travail risquerait d'être compromise.

Somme toute, je ne partage pas, en toute déférence, la conclusion du juge de première instance et de la Cour d'appel que l'art. 133 doit être considéré comme un tout indivisible. Bien que cette conclusion ne soit pas nécessaire pour trancher le présent pourvoi, j'espère qu'elle permettra de dissiper toute confusion existante et future quant à l'application de l'art. 133 et des dispositions

192

193

194

operation of s. 133, as well as its counterparts in the laws of the provinces other than Saskatchewan.

E. *Some Residual Issues*

195 The view of this Court was principally solicited for the purpose of answering the constitutional questions. However, several of the parties raise threshold factual issues which were not pleaded at trial which I should like to address, albeit briefly.

196 The Bank of Montreal submits that Husky was not liable under s. 133 for payment of Metal Fab's assessments. Husky itself raises a similar issue. This follows, it is alleged, from the following argument: within the context of s. 133, assessments should relate only to the work done by the delinquent contractor for the impugned principal. In the case at bar, it is submitted that there is no indication the assessments against Husky were specific only to the work completed for Husky by Metal Fab; in fact, some affidavit evidence is now tendered to the contrary. This evidence alleges that the assessment sent to Metal Fab by the Board was not related to any particular work, but calculated in accordance with an annual payroll estimate supplied by the contractor to the Board.

197 In response, I note that both the trial judge and the appeal judges found that the order under s. 133 had been validly issued. This finding was not contested in the courts below. Leave was not granted by this Court to hear this issue. For these reasons, I believe that this issue should not now be heard for the first time. The general practice of this Court is, given the lack of considered reasons of the courts below, to refuse to consider new matters raised for the first time, especially where, had the issue actually been raised, the parties may have been in a position to present relevant evidence and submissions: *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Pro-*

correspondantes dans les lois d'autres provinces que la Saskatchewan.

E. *Les questions qui restent à résoudre*

On a principalement demandé à notre Cour de répondre aux questions constitutionnelles. Cependant, plusieurs des parties ont soulevé des questions de fait préliminaires qui n'ont pas été débattues en première instance, mais que j'aimerais examiner, quoique brièvement.

La Banque de Montréal soutient que Husky n'était pas, en vertu de l'art. 133, responsable du paiement des cotisations de Metal Fab. Husky a elle-même soulevé une question similaire. Ce raisonnement, allègue-t-on, se fonde sur l'argument suivant: dans le contexte de l'art. 133, les cotisations ne devraient viser que le travail effectué par l'entrepreneur fautif pour le compte du commettant attaqué. En l'espèce, on soutient que rien n'indique que les cotisations relatives à Husky ne visaient que le travail exécuté par Metal Fab pour Husky; en fait, on nous présente maintenant une preuve contraire par affidavit. Selon cette preuve, l'avis de cotisation envoyé à Metal Fab par la Commission ne visait pas un travail particulier, mais la cotisation avait été calculée conformément à l'estimation de la liste de paye annuelle que l'entrepreneur avait fournie à la Commission.

En réponse à cet argument, je souligne que le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel ont statué que l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 133 était valide. Cette conclusion n'a pas été contestée devant les tribunaux d'instance inférieure. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour ne visait pas cette question. Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu maintenant d'examiner cette question pour la première fois. Notre Cour a l'habitude de refuser, en l'absence des motifs réfléchis des tribunaux d'instance inférieure, d'examiner de nouvelles questions soulevées pour la première fois devant elle, tout particulièrement lorsque les parties auraient pu, si la question avait été soulevée, présenter des éléments de preuve et des arguments pertinents: *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protono-*

thonotary), [1991] 1 S.C.R. 671; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21.

A far preferable procedure would be to permit this argument to be raised at the new trial that, given the constitutionality in bankruptcy of s. 133, shall be ordered pursuant to the disposition of the instant appeal. At that point, evidence can be adduced as to the exact sources of the \$246,745.26 allegedly owed by Metal Fab to the Board. A trial judge, when properly presented with all of the material evidence, will be in a far better position to sift through the records and ascertain the true amount of Metal Fab's unpaid contributions for which Husky could be held liable. Although it could very well be that the extant assessments reveal Husky's true liability, at this juncture I am not prepared to make such a finding.

However, although not in a position to determine whether the assessments made against Husky by the Board involved unpaid contributions stemming from work Metal Fab completed for principals other than Husky, this Court can, as a question of law, determine whether s. 133 could permit the recovery of such amounts. I find it does not. The liability of the principal is to be limited to the specific work that was completed for it by the delinquent contractor.

It is unfortunate that the wording of s. 133 in the 1979 version of the statute was amended in an ambiguous form. In cases of ambiguity, courts are to rely on the principle of statutory interpretation according to which statutes purporting to pay the debts of one person out of the property of another are to be given a restrictive interpretation: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 370; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699.

I am further fortified in this regard by the fact that the grandfather of s. 133, s. 9 of the 1910 *Workmen's Compensation Act*, limited the principal's liability to the actual work executed for it by the delinquent contractor: see also s. 11 of the

taire), [1991] 1 R.C.S. 671; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21.

Il serait de loin préférable de permettre d'avancer cet argument au nouveau procès qui, compte tenu de la constitutionnalité de l'art. 133 en matière de faillite, devra être ordonné conformément au dispositif du présent pourvoi. C'est à ce moment que l'on pourra présenter des éléments de preuve quant à l'origine exacte de la somme de 246 745,26 \$ que Metal Fab devrait à la Commission. Un juge de première instance, qui est régulièrement saisi de tous les éléments de preuve substantielle, est beaucoup mieux placé pour passer au crible les dossiers et déterminer le montant exact des cotisations impayées de Metal Fab, dont Husky pourrait être tenue responsable. Même s'il se pourrait fort bien que les cotisations existantes révèlent la véritable responsabilité de Husky, je ne suis pas disposé pour l'instant à tirer cette conclusion.

Cependant, bien qu'elle ne soit pas en mesure de déterminer si les cotisations que la Commission réclame de Husky concernent des cotisations impayées découlant de travaux que Metal Fab aurait exécutés pour des commettants autres que Husky, notre Cour peut, à titre de question de droit, déterminer si l'art. 133 pourrait permettre de recouvrer ces montants. Je conclus que non. La responsabilité du commettant se limite aux travaux précis que l'entrepreneur fautif a achevés pour lui.

Il est malheureux que le libellé de l'art. 133, dans la version de 1979 de la Loi, ait été modifié d'une façon ambiguë. En cas d'ambiguïté, les tribunaux doivent se fonder sur le principe d'interprétation des lois selon lequel il faut donner une interprétation restrictive aux lois qui visent à réaliser le paiement des dettes d'une personne sur les biens d'une autre personne: *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 370; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699.

Mon opinion à cet égard est renforcée par le fait que le précurseur de l'art. 133, l'art. 9 de la *Workmen's Compensation Act* de 1910, limitait la responsabilité du commettant au travail véritablement effectué pour lui par l'entrepreneur fautif:

198

199

200

201

1928 legislation. In any event, gauging from the submissions made before this Court by the Appellants and some of the Interveners, such appears to be the practice of the provincial Boards when issuing notices under s. 133 and its companion provisions. This accords with common sense, as it would appear counter-intuitive to hold Husky liable for all of Metal Fab's outstanding debts to the Board. Under such a regime, liability could be virtually limitless since it might encompass all of the shortfall accruing to the contractor independent of the particular principal under whose contracts that shortfall actually arose.

202 However, I note that, although relevant to the amount of the assessment in the appeal at bar, this issue is not of wide public importance given that the Saskatchewan legislation was once again amended in 1993 (S.S. 1993, c. 63, s. 40) to provide expressly that the liability be limited to the specific work performed. As I see it, the 1993 amendment supports my conclusion that the liability of the principal be limited to the unpaid funds arising out of the specific work completed for it since this amendment appears to be intended as a clarification of the law, not as a substantive change.

203 I also find that limiting s. 133(1) to the debts arising out of the actual work completed for the principal permits the subsection to operate in tandem with subs. (3). As was discussed *supra*, subs. (3), in order to be valid in the bankruptcy context, must be interpreted to permit only set-off to the extent allowed at law or equity. I believe that the law of set-off would only allow the restitution of the sums paid by the principal to the Board that actually involved monies that the delinquent contractor was liable to pay by virtue of its nexus with the principal.

204 The Board and the Bank of Montreal raise a further issue. It is suggested that s. 133(3) does not entitle Husky to indemnify itself out of funds

voir aussi l'art. 11 de la loi de 1928. Quoi qu'il en soit, si l'on en juge d'après les arguments qui nous ont été présentés par les appelants et certains des intervenants, il semble que ce soit là la pratique suivie par les commissions provinciales lorsqu'elles donnent des avis en vertu de l'art. 133 et de ses dispositions connexes. Cela est conforme au bon sens, puisqu'il paraîtrait illogique de tenir Husky responsable de toutes les sommes que Metal Fab doit à la Commission. Dans un tel régime, la responsabilité risquerait d'être pratiquement illimitée puisqu'elle pourrait englober tout le manque à gagner de l'entrepreneur, indépendamment du commettant partie aux contrats sous le régime desquels ce manque à gagner est survenu.

Cependant, je fais remarquer que, bien qu'elle soit pertinente relativement au montant de la cotisation ici en cause, cette question ne revêt pas une grande importance publique puisque la loi de la Saskatchewan a de nouveau été modifiée en 1993 (S.S. 1993, ch. 63, art. 40), de façon à prévoir expressément que la responsabilité se limite aux travaux précisément exécutés. Selon l'interprétation que je lui donne, la modification de 1993 appuie ma conclusion que la responsabilité du commettant se limite aux montants impayés au titre du travail précisément effectué pour lui puisqu'on semble avoir voulu que cette modification constitue une clarification du droit et non une modification de fond.

Je conclus également qu'en limitant l'application du par. 133(1) aux créances résultant du travail véritablement effectué pour le commettant, on permet d'appliquer cette disposition conjointement avec le par. (3). Comme nous l'avons vu, pour être valide dans le contexte de la faillite, le par. 133(3) doit être interprété de façon à ne permettre la compensation que dans la mesure autorisée par la common law ou l'*equity*. À mon avis, les règles de la compensation n'autoriseraient que la restitution des sommes que le commettant a versées à la Commission, et que l'entrepreneur fautif était tenu de payer en raison de son lien avec le commettant.

La Commission et la Banque de Montréal ont soulevé une autre question. On laisse entendre que le par. 133(3) ne donne pas à Husky le droit d'être

owing to Metal Fab because it received the demand for payment from the Board after it had been notified that Metal Fab had given notice of assignment of book debts to the Bank of Montreal. There was thus no “indebtedness towards the contractor”, but only towards the assigned party.

Again, I note that this issue was not argued fully in the courts below; in fact, no questions were raised regarding the factual ability of Husky to indemnify itself from the property of the bankrupt. It thus comes as no surprise that the factual record to which this Court can turn to resolve this question is somewhat bare. I therefore conclude that this issue should not be decided at this point. It is better left to be determined by a trial court, perhaps even by fiat. I would suggest, however, that the fact that s. 133(3) is but declaratory of equitable set-off (as discussed *supra*), in which set-off can operate after the assignment has occurred, be seriously taken into account in the eventual disposition of this issue.

Husky argues that it did not breach its statutory duty to ensure payment by the contractor under s. 133(1) because it held back certain sums (in excess of the unpaid assessments) and ensured that Metal Fab would be contractually bound to pay the WCB fund. Until this point in the litigation, it was settled that Husky was, barring the non-operation of the statute, liable to pay the Board. There is no reason for this Court now to review the findings of the trial and appellate judges in this matter, especially, once again, given the paucity of the factual record advanced in favour of this proposition.

In any event, I note that the duty created by s. 133(1) is not one of due diligence. The statutory language has encumbered the principal with absolute liability. Nothing short of actually ensuring payment will discharge the duty. Husky’s reading of s. 133(1) ignores the true purpose of the provi-

indemnisée sur les fonds dus à Metal Fab parce qu’elle a reçu la demande de paiement de la Commission après avoir été avisée que Metal Fab avait donné un avis de cession de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal. Il n’y avait ainsi «aucune dette envers l’entrepreneur», mais seulement une dette envers le cessionnaire.

De nouveau, je constate que cette question n’a pas été pleinement débattue devant les tribunaux d’instance inférieure; en fait, aucune question n’a été soulevée quant à savoir si dans les faits Husky pouvait s’indemniser sur les biens du failli. Il n’est donc pas étonnant qu’il y ait peu de faits au dossier sur lesquels notre Cour peut se fonder pour résoudre la question. Je conclus donc qu’il n’y a pas lieu de trancher cette question pour l’instant. Il est préférable de laisser à un juge de première instance le soin de le faire, même peut-être par voie d’autorisation. Cependant, je proposerais que, lorsque viendra le moment de statuer sur cette question, l’on tienne compte sérieusement du fait que le par. 133(3) ne fait que déclarer les droits à la compensation en *equity* (comme nous l’avons vu), aux termes desquels la compensation peut être opérée après la cession.

Husky soutient qu’elle n’a pas contrevenu à son obligation légale de garantir, en vertu du par. 133(1), le paiement de l’entrepreneur parce qu’elle a retenu en garantie certaines sommes (en plus des cotisations impayées) et s’est assurée que Metal Fab serait tenue par contrat de verser les montants dans la caisse de la Commission. Jusqu’à maintenant, il a été statué que Husky était, sauf si la loi ne s’appliquait pas, responsable du paiement à la Commission. Notre Cour n’a aucun motif de réviser maintenant les conclusions du juge de première instance et des juges de la cour d’appel sur ce point, compte tenu particulièrement, je le répète, de l’insuffisance des faits avancés à l’appui de cette proposition.

Quoi qu’il en soit, je fais remarquer que l’obligation créée par le par. 133(1) n’est pas une obligation de diligence raisonnable. La formulation de cette disposition impose au commettant une responsabilité absolue. La seule manière de s’acquitter de cette obligation est de veiller à ce que le

205

206

207

sion, namely the maintenance of the viability of the Injury Fund through the creation of joint and several liability among employers for the contributions.

paiement soit effectué. Husky donne au par. 133(1) une interprétation qui ne tient pas compte de l'objet véritable de la disposition, soit le maintien de la viabilité de la caisse des accidents par l'assujettissement des employeurs à une responsabilité solidaire relativement aux cotisations à verser.

208

Finally, on a related note, it is submitted that once the property passed into the hands of the assigned Bank, Husky was no longer in any position of control or supervision over Metal Fab. Therefore it no longer operated under the statutory duty to ensure that Metal Fab paid its assessments. For this reason, the ability of the Board to collect under s. 133(1) could not be invoked. Husky also submits that, were it to encourage the bankrupt to pay the amounts due to the Board, it would infringe s. 158 (obligation of a bankrupt to deliver all of the property to the trustee) and thereby effectively aid and abet in the commission of an offence contrary to s. 198(a) of the *Bankruptcy Act*. I reject this submission. A bankrupt's obligations under s. 158 are necessarily qualified by other provisions of the Act such as s. 72(1) (allowing interplay with provincial legislation) and s. 97(3) (recognizing rights of set-off against the bankrupt's estate). There is no operational conflict between ss. 133(1) and 158(a). I also note that s. 133(1) creates a situation in which, *ab initio*, the principal is liable for any debt owed to the Board by the contractor. It does not matter whether, *ex post facto*, control over the contractor's estate passes into other hands.

VI. Conclusions and Disposition

Enfin, dans la même veine, on soutient qu'une fois que les biens sont passés entre les mains de la Banque cessionnaire, Husky n'était plus en mesure de contrôler ou de surveiller Metal Fab. En conséquence, elle n'était plus légalement tenue de veiller à ce que Metal Fab paie ses cotisations. Pour ce motif, la capacité de la Commission de percevoir les montants en vertu du par. 133(1) ne pouvait être invoquée. Husky soutient également que, si elle incitait le failli à verser les montants dus à la Commission, elle contreviendrait alors à l'art. 158 (obligation du failli de remettre tous ses biens au syndic) et se trouverait ainsi à aider et à encourager quelqu'un à commettre une infraction, contrairement à l'al. 198a) de la *Loi sur la faillite*. Je rejette cet argument. Les obligations d'un failli en vertu de l'art. 158 sont nécessairement atténuées par d'autres dispositions de la Loi, comme le par. 72(1) (qui permet l'interaction avec des lois provinciales) et le par. 97(3) (qui reconnaît les droits de compensation à l'égard de l'actif du failli). Il n'y a pas d'incompatibilité d'application entre le par. 133(1) et l'al. 158a). Je tiens aussi à préciser que le par. 133(1) crée une situation où, au départ, le commettant est responsable de toute dette que l'entrepreneur a envers la Commission. Il n'importe pas qu'après coup le contrôle de l'actif de l'entrepreneur passe entre d'autres mains.

VI. Conclusions et dispositif

209

By way of summary, it may be helpful to state my conclusions:

En résumé, il pourrait être utile de formuler mes conclusions:

1. There is no conflict between s. 133(1) of the Act and the *Bankruptcy Act*. Consequently, s. 133(1), although not primarily designed for the bankruptcy context, is applicable and operative if and when the contractor whose delinquency gave rise to

1. Il n'y a pas de conflit entre le par. 133(1) de la Loi et la *Loi sur la faillite*. En conséquence, même si le par. 133(1) n'est pas destiné principalement à s'appliquer dans le contexte de la faillite, il est applicable et opérant si l'entrepreneur, dont le défaut est

the Board's order against the principal files an assignment in bankruptcy.

2. There is no conflict, as the term is understood in paramountcy analysis, between s. 133(3) and the *Bankruptcy Act*, regardless of whether s. 133(3) is used for purposes of set-off or indemnification from the estate of the bankrupt. Section 133(3) is declaratory of the equitable right of set-off and indemnification. Such an equitable right arises upon the facts of this case and is reconcilable with the *Bankruptcy Act* by virtue of s. 97(3).
3. In terms of constitutional analysis, the simple fact that a provincial undertaking may have an effect upon a bankruptcy does not necessarily mean that such an undertaking is to be nullified under paramountcy analysis. Further, the fact that the Board might be able to recover more money as a result of s. 133 does not mean that this provision is in operational conflict with the *Bankruptcy Act*. Operational conflict means that compliance with the provincial statute means offending the federal one. But the two pieces of legislation involved here are complementary.
4. The Court of Appeal erred in law in asserting that the "quartet" of Supreme Court of Canada cases, *Re Bourgault*, *Deloitte Haskins*, *Henfrey Samson*, and *FBDB*, are to be interpreted as invalidating any provincial law that affects the outcome of a bankruptcy.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inappli-

à l'origine de l'ordonnance de la Commission contre le commettant, fait cession de ses biens.

2. Il n'y a pas de conflit, au sens donné à ce terme dans l'analyse de la règle de la prépondérance, entre le par. 133(3) et la *Loi sur la faillite*, peu importe la question de savoir si ce paragraphe est utilisé à des fins de compensation ou d'indemnisation sur l'actif du failli. Le paragraphe 133(3) déclare le droit de compensation et d'indemnisation en *equity*. Ce droit en *equity* résulte des faits de la présente affaire et est compatible avec la *Loi sur la faillite* en vertu du par. 97(3).
3. Du point de vue constitutionnel, le simple fait qu'une mesure provinciale puisse avoir une incidence sur une faillite ne signifie pas nécessairement que cette mesure doit être annulée en application de la règle de la prépondérance. De plus, le fait que la Commission puisse être en mesure de recouvrer plus d'argent en application de l'art. 133 ne signifie pas pour autant que cette disposition présente une incompatibilité d'application avec la *Loi sur la faillite*. Il y a incompatibilité d'application lorsque l'observance de la loi provinciale entraîne une contravention à la loi fédérale. Cependant, les deux textes législatifs visés en l'espèce se complètent.
4. La Cour d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'elle a affirmé que le «quatuor» d'arrêts de la Cour suprême du Canada, les arrêts *Re Bourgault*, *Deloitte Haskins*, *Henfrey Samson* et *BFD*, doivent s'interpréter comme invalidant toute loi provinciale qui influe sur l'issue d'une faillite.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant

cable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

No.

2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

No.

211

Consequently, I would allow the appeal with costs throughout and set aside the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal. I would remit the matter to trial in order to determine whether, on the facts of this case, the Board notice to pay was properly tendered under s. 133(1), whether Husky can (despite the assignment and the timing of the notice thereof) indemnify itself from the property of the bankrupt, and whether the amounts assessed were actually those which arose out of Metal Fab's work for Husky. If so, then the Board is statutorily entitled to recover the unpaid contributions from Husky and Husky, in turn, can set off these amounts from the hold-backs it has regarding the property of the bankrupt, which has been assigned to the Bank of Montreal. In the unlikely event of a shortfall between the contributions owing and the amount held back, Husky is entitled to file a claim for this shortfall as an unsecured creditor, unless it wishes to present legal submissions as to why it should be able to claim under s. 136(1)(h).

212

After these reasons were prepared, I had the benefit of reading the reasons of my colleague Gonthier J. I would like to offer a response on certain points. I am uncomfortable with reliance upon secondary sources — even sources as allegedly succinct and helpful as the article by Roman and Sweatman, *supra* — for interpretation of this Court's decisions. I believe that it is preferable to refer directly to the decisions, particularly when I find that the article in question advances proposi-

ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?

Non.

2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

Non.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan. J'ordonnerais un renvoi à procès pour qu'il soit déterminé si, compte tenu des faits de la présente affaire, l'avis de paiement de la Commission a été régulièrement donné en vertu du par. 133(1), si Husky peut (malgré la cession et le moment où avis en a été donné) s'indemniser sur les biens du failli, et si les cotisations calculées visaient bel et bien le travail effectué par Metal Fab pour Husky. Dans l'affirmative, la Commission est alors légalement habilitée à recouvrer auprès de Husky les cotisations impayées, et cette dernière peut à son tour opérer compensation entre ces montants et les retenues de garantie qu'elle possède relativement aux biens du failli, qui ont été cédés à la Banque de Montréal. Dans l'éventualité peu probable où le montant des retenues de garantie serait inférieur aux cotisations dues, Husky aurait le droit de produire une réclamation pour la somme manquante à titre de créancier non garanti, à moins qu'elle ne désire présenter des arguments de droit quant aux motifs pour lesquels elle devrait être en mesure de faire une réclamation fondée sur l'al. 136(1)(h).

Après avoir rédigé les présents motifs, j'ai pris connaissance de ceux de mon collègue le juge Gonthier. J'aimerais répondre à certains points qu'il soulève. J'ai de la difficulté à m'en remettre à des sources secondaires — même à des sources qui seraient aussi succinctes et utiles que l'article de Roman et Sweatman, *loc. cit.* — pour interpréter les arrêts de notre Cour. À mon avis, il est préférable de se référer aux arrêts eux-mêmes étant donné, particulièrement, que je suis d'avis que cet

tions which I find problematic in the so-called “effect” aspect, which I will now discuss.

My understanding of the concept of “effect” in this Court’s federalism jurisprudence is that both *vires* and paramountcy analyses hinge upon the *extent* of the effect. “An” effect on a federal sphere is, by itself, insufficient to invalidate provincial legislation. Rather, there must be a relatively substantial effect (i.e., an effect that is more than incidental or ancillary). Where this is so, the operational conflict must be express, as I have mentioned in these reasons; upon finding such an operational conflict, the provincial legislation will yield to the federal legislation to the extent of the conflict. In so far as my colleague has introduced some further refinements on this traditional analysis, dealing with exclusive as opposed to concurrent or overlapping jurisdictions, and invoking a separate concept or doctrine of “applicability” in this context, I, with respect, find this somewhat confusing. In short, it seems to me to confuse the doctrines of *vires* and paramountcy, as these have been traditionally understood, and I do not read the *Deloitte Haskins* and *Bank of Montreal* cases as supporting such a departure.

Appeal dismissed with costs, SOPINKA, CORY, IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of The Workers’ Compensation Act, 1979, operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

Solicitors for the appellant: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the respondent Husky Oil Operations Ltd.: Hleck, Kanuka, Thuringer, Regina.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada, as represented by the Minister of National Revenue: The Attorney General of Canada, Ottawa.

article énonce des propositions que je juge problématiques relativement à ce qu’on appelle l’aspect de l’«effet», que je vais maintenant examiner.

Selon mon interprétation du concept de l’«effet», que l’on trouve dans les arrêts de notre Cour touchant le fédéralisme, l’analyse de la compétence et celle de la prépondérance dépendent de l’étendue de l’effet. L’existence d’«un» effet sur un chef de compétence fédérale n’est pas suffisante pour invalider une loi provinciale. Cet effet doit être relativement important (c.-à-d. qu’il doit être plus qu’incident ou accessoire). Le cas échéant, l’incompatibilité d’application doit être explicite, comme je l’ai mentionné dans les présents motifs; dès que l’on conclut à l’existence d’une telle incompatibilité d’application, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure de cette incompatibilité. En toute déférence, je trouve cela quelque peu déroutant dans la mesure où mon collègue introduit, dans cette analyse traditionnelle, d’autres précisions sur la compétence exclusive par rapport à la compétence concurrente ou au chevauchement de compétence, qui font appel à une notion ou règle distincte en matière d’«applicabilité». Bref, il me semble qu’il y a confusion des principes de la compétence et de la prépondérance, au sens traditionnel, et je ne considère pas que les arrêts *Deloitte Haskins* et *Banque de Montréal* justifient une telle dérogation.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges SOPINKA, CORY, IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents. L’article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) de The Workers’ Compensation Act, 1979, s’appliquent ensemble. L’article 133 était inapplicable lorsque l’entrepreneur a fait faillite.

Procureurs de l’appelante: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs de l’intimée Husky Oil Operations Ltd.: Hleck, Kanuka, Thuringer, Regina.

Procureur de l’intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondents Her Majesty The Queen in right of the Province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Human Resources, Labour and Employment, and Her Majesty The Queen in right of the province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Finance: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent Bank of Montreal: Balfour, Moss, Saskatoon.

Solicitors for the respondents Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki and Terry Sapergia: Pederson, Norman, McLeod, Regina.

Solicitors for the respondent SBW—Wright Construction Inc.: Gauley & Co., Regina.

Solicitors for the respondent Campbell West (1991) Ltd.: McKercher, McKercher, Laing & Whitmore, Regina.

Solicitors for the respondent Fuller Austin Insulation Inc.: Johnston, Bennett & Sholter, Lloydminster.

Solicitors for the respondent United Industrial Equipment Rentals Ltd.: Kirzinger, Hall, Revering & Wells, Lloydminster.

Solicitors for the respondent ATCO Enterprises Ltd.: Nussbaum & Burrows, Saskatoon.

Solicitors for the respondent Deloitte & Touche Inc., as Trustee in Bankruptcy of the Estate of Metal Fabricating & Construction Ltd.: MacDermid, Lamarsh, Saskatoon.

Solicitor for the respondent the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

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

Procureur des intimées Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Ressources humaines, du Travail et de l'Emploi, et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Finances: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intimée la Banque de Montréal: Balfour, Moss, Saskatoon.

Procureurs des intimés Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki et Terry Sapergia: Pederson, Norman, McLeod, Regina.

Procureurs de l'intimée SBW—Wright Construction Inc.: Gauley & Co., Regina.

Procureurs de l'intimée Campbell West (1991) Ltd.: McKercher, McKercher, Laing & Whitmore, Regina.

Procureurs de l'intimée Fuller Austin Insulation Inc.: Johnston, Bennett & Sholter, Lloydminster.

Procureurs de l'intimée United Industrial Equipment Rentals Ltd.: Kirzinger, Hall, Revering & Wells, Lloydminster.

Procureurs de l'intimée ATCO Enterprises Ltd.: Nussbaum & Burrows, Saskatoon.

Procureurs de l'intimée Deloitte & Touche Inc., syndic de faillite de l'actif de Metal Fabricating & Construction Ltd.: MacDermid, Lamarsh, Saskatoon.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of Ontario: The Workers' Compensation Board of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia: The Workers' Compensation Board of British Columbia, Richmond.

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

Solicitors for the intervener the Workers' Compensation Health and Safety Board of Yukon: Preston, Hillis & Co., Whitehorse.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la Commission des accidents du travail de l'Ontario: La Commission des accidents du travail de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique: La Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique, Richmond.

Procureur de l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta: La Workers' Compensation Board de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Yukon: Preston, Hillis & Co., Whitehorse.

Heidi M. Harrer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and
Robert Scott Terry** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. HARRER

File No.: 24141.

1995: March 3; 1995: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter outside Canada's boundaries — Trial fairness — Exclusion of evidence — Evidence obtained abroad according to foreign local law — Foreign law requiring less exacting procedural standard than Charter — Whether failure of foreign police to comply with Canadian law rendering evidence so obtained inadmissible — Whether principles of fundamental justice and the right to a fair trial permit exclusion of evidence obtained outside Canada — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d), 24(1), (2), 32.

The appellant was tried in Canada on the basis of statements she made to police in the United States. The statements were made in the course of an investigation to determine if the appellant was lawfully within the United States and to ascertain the circumstance of an alleged offence in the United States by the appellant's boyfriend. During the course of the interrogation of the appellant, she was also questioned about her possible criminal involvement in Canada relating to the escape of her boyfriend while he was being held for extradition to the United States. The trial judge excluded one of her statements on the ground that the police failed to give her a second right-to-counsel warning when their questioning changed focus from the immigration matter and the American offence to her possible involvement with the escape, which would have been required by the

Heidi M. Harrer *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada et Robert
Scott Terry** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. HARRER

N° du greffe: 24141.

1995: 3 mars; 1995: 19 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte à l'extérieur du Canada — Équité du procès — Exclusion de la preuve — Preuve obtenue à l'étranger conformément à la loi du pays étranger — Droit étranger prévoyant une norme de procédure moins astreignante que celle de la Charte — L'omission des policiers étrangers de se conformer à la loi canadienne rend-t-elle inadmissible la preuve ainsi obtenue? — Les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable permettent-ils l'exclusion d'éléments de preuve obtenus à l'étranger? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 11d), 24(1), (2), 32.

L'appelante a été jugée au Canada sur le fondement de déclarations faites à la police américaine. Les déclarations ont été faites dans le cadre d'une enquête visant à déterminer si l'appelante se trouvait légalement aux États-Unis et à établir les circonstances d'une infraction qu'aurait commise son petit ami aux États-Unis. Au cours de l'interrogatoire de l'appelante, des questions lui ont été posées sur sa participation possible à la perpétration d'un acte criminel au Canada en rapport avec l'évasion de son ami qui était détenu en vue de son extradition aux États-Unis. Le juge du procès a écarté une des déclarations de l'appelante pour le motif que les policiers ne l'avaient pas informée une deuxième fois de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat lorsque l'interrogatoire a changé d'orientation en passant des questions de l'immigration et de l'infraction commise

Canadian *Charter* if the interrogation had been conducted in Canada by Canadian police, but which was not required under U.S. law. The appellant was acquitted but the Court of Appeal found the exclusion of the statement to be an error and ordered a new trial. The appellant appealed. At issue was whether the failure of the United States police to comply with Canadian law makes the statement inadmissible in Canada. This issue raised two sub-issues: whether the *Charter* applies outside Canada's boundaries and whether the principles of fundamental justice and the right to a fair trial permit exclusion of evidence obtained outside Canada.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The *Charter* had no direct application to the interrogations in the U.S. because the U.S. authorities were not acting on behalf of any Canadian government. An entirely different issue would have arisen had the interrogation about a Canadian offence been made by Canadian peace officers in the United States, or by U.S. authorities acting as agents of the Canadian police, in circumstances that would constitute a violation of the *Charter* had the interrogation taken place in Canada. Here, however, the application of the *Charter* could only be triggered when Canadian police began proceedings on the appellant's return to Canada. Absent a complaint against the Canadian police, the only ground available to the appellant was that the admission of the evidence would violate the appellant's liberty interests in a manner that is contrary to the principles of fundamental justice (s. 7 of the *Charter*) or that its admission would violate the guarantee of a fair trial under s. 11(d).

The admission of the impugned evidence would not result in an unfair trial. Evidence cannot be assumed to be unfairly obtained or to be unfairly admitted because it was obtained in a manner that would violate a *Charter* guarantee in this country. Different balances may be struck in various countries between the interests of the state and of the individual, all of which *may be* fair. The accused is entitled to a fair hearing, not to the most favourable procedures imaginable.

aux États-Unis à la participation possible à l'évasion, comme l'aurait exigé la *Charte* canadienne si l'interrogatoire avait été mené au Canada par des policiers canadiens, mais non la loi américaine. L'appelante a été acquittée mais la Cour d'appel a conclu que l'exclusion de la déclaration constituait une erreur et a ordonné un nouveau procès. L'appelante a fait appel. La question est de savoir si l'omission de la police américaine de se conformer à la loi canadienne rend la déclaration inadmissible au Canada. Cela soulève deux sous-questions: la *Charte* s'applique-t-elle aux autorités étrangères agissant à l'extérieur du Canada, et les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable permettent-ils d'exclure des éléments de preuve obtenus à l'extérieur du Canada?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: La *Charte* ne s'appliquait pas de façon directe aux interrogatoires qui ont eu lieu aux États-Unis parce que les autorités américaines n'agissaient pour aucun gouvernement du Canada. On serait en présence d'une tout autre question s'il s'était agi d'un interrogatoire sur une infraction aux lois canadiennes mené par un agent de la paix canadien aux États-Unis ou mené par des autorités américaines agissant à titre de mandataires de la police canadienne, dans des circonstances qui auraient constitué une violation de la *Charte* si cet interrogatoire avait eu lieu au Canada. En l'espèce cependant, l'application de la *Charte* ne pouvait être invoquée qu'à compter du moment où la police canadienne a intenté des poursuites contre l'appelante à son retour au Canada. Comme l'appelante ne reprochait aucune irrégularité à la police au Canada, le seul moyen dont elle disposait était l'argument que l'admission de l'élément de preuve en cause violerait soit son droit à la liberté d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale (art. 7 de la *Charte*) soit son droit à un procès équitable garanti par l'al. 11d).

L'admission de l'élément de preuve contesté n'entraînerait pas un procès inéquitable. Il n'est pas permis de supposer que, du seul fait qu'un élément de preuve a été obtenu d'une façon qui, au Canada, violerait un droit garanti par la *Charte*, cet élément a été obtenu d'une façon inéquitable, ou que son admission serait inéquitable. Divers pays peuvent arriver à des équilibres différents, pouvant tous être équitables, entre les intérêts de l'individu et ceux de l'État. L'accusé a droit à un procès équitable, mais pas aux procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer.

The rule that the Canadian police give an accused a second warning when the interrogation changes focus is geared not only to the individual's rights in the specific case but also to ensuring the fairness of the system and general respect for its constitutional values in all cases. No such systemic concern existed with respect to police forces abroad. The only relevant concern was the fairness of the trial. This was to be determined on the specific circumstance in accordance with principles of Canadian law. The fact that the evidence was obtained lawfully in another country could be a factor in assessing fairness, but was by no means determinative. Here, the fact that no new warning was given when the interrogation moved to the more serious offence under Canadian law was not unfair in the circumstances of this case. The appellant knew and understood that she was in jeopardy in relation to the Canadian offence and there was no other evidence of unfairness.

Had the evidence been unfair, it could have been rejected without resort to s. 24 of the *Charter* on the basis of the trial judge's duty, constitutionalized by the s. 11(d) *Charter* right to a fair trial, to exercise his or her judicial discretion properly to exclude evidence that would result in an unfair trial. The same result could be reached under s. 7 because the admission of unfair evidence would violate the principles of fundamental justice.

Per McLachlin and Major JJ.: The s. 10(b) *Charter* right to counsel is given "on arrest or detention" and therefore pertains to the time of arrest or detention, and not to the time at which evidence is admitted at trial for evaluation of the events occurring abroad. To hold that the American officers breached the appellant's *Charter* rights on arrest would be to apply the *Charter* outside the scope of s. 32. Whether the American officers were agents of the Canadian officers, and hence bound by the *Charter*, was largely a question of fact and therefore not proper before this Court.

Admission of the statement made without benefit of a second right-to-counsel warning does not violate the appellant's right to silence or the right against self-incrimination contrary to s. 7 of the *Charter*. The law

La règle selon laquelle les policiers au Canada donnent une seconde mise en garde à un accusé quand l'enquête change d'orientation n'est pas conçue seulement en fonction des droits de l'individu dans un cas précis, mais vise également à garantir l'équité de nos mécanismes et le respect général des valeurs constitutionnelles dans tous les cas. Ces préoccupations d'ordre systémique n'existent pas à l'égard des actions des polices étrangères à l'extérieur du pays. La seule préoccupation pertinente est le caractère équitable du procès, qui doit être déterminé en conformité des principes du droit canadien dans le contexte particulier de l'affaire. Le fait que l'élément de preuve ait été recueilli légalement dans un autre pays pourrait être un facteur à considérer pour déterminer ce qui est équitable mais n'est aucunement un facteur déterminant. Le fait, en l'espèce, que la mise en garde n'a pas été répétée lorsque l'interrogatoire a abordé l'infraction plus grave en vertu du droit canadien n'était pas inéquitable dans les circonstances de l'espèce. L'appelante savait et avait compris qu'elle était interrogée relativement à l'infraction canadienne et il n'y avait aucune autre preuve d'injustice.

Si son admission avait été inéquitable, l'élément de preuve aurait pu être écarté sans recourir à l'art. 24 de la *Charte* en se fondant sur le devoir qu'a le juge de première instance, et qui est constitutionnalisé par le droit à un procès équitable garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, d'exercer correctement son pouvoir discrétionnaire et d'écarter les éléments de preuve qui entraîneraient un procès inéquitable. On parviendrait au même résultat en vertu de l'art. 7 puisque l'utilisation d'éléments de preuve inéquitables violerait les principes de justice fondamentale.

Les juges McLachlin et Major: Le droit à l'assistance d'un avocat qui est prévu à l'al. 10b) de la *Charte* est accordé «en cas d'arrestation ou de détention» et se rapporte donc au moment de l'arrestation ou de la détention, et non pas à celui où la preuve est admise au procès pour l'évaluation des événements survenus à l'étranger. Conclure que les policiers américains ont violé les droits que la *Charte* garantissait à l'appelante au moment de l'arrestation reviendrait à étendre l'application de la *Charte* au-delà de la portée de l'art. 32. La question de savoir si les policiers américains étaient les mandataires des policiers canadiens et donc liés par la *Charte* était surtout une question de fait et, par conséquent, la Cour n'en était pas régulièrement saisie.

L'utilisation de la déclaration qu'a faite l'appelante sans bénéficier d'une deuxième mise en garde quant à son droit de recourir à l'assistance d'un avocat ne viole pas son droit de garder le silence ou son droit de ne pas

accords suspects the right not to incriminate themselves if they so choose but does not require exclusion of voluntary self-incriminatory statements.

The failure of the foreign police to comply with the procedures required under the *Charter* in Canada did not so taint the evidence that its admission would result in an unfair trial. No unfairness resulted from the fact that the statement, taken in the U.S. in conformity with U.S. law, was admissible and yet, had it been taken in Canada in the same circumstances, would have been inadmissible. Dissimilarity between foreign legal rules and *Charter* requirements does not establish that admitting the evidence would render the trial unfair. The impugned statement did not come into existence upon a denial of a constitutionally protected right because no equivalent right exists in the United States and, moreover, any deviation from Canadian procedures was not at the most serious end of the scale. No unfairness arose on account of the statement's being inadmissible, had it been taken in Canada: any unfairness arises in large part from the accused's expectation that the police in Canada will comply with Canadian law and not from the fact that the statement would have been inadmissible had it been taken in Canada in similar circumstances. When a suspect leaves Canada, that person does not take Canadian *Charter* rights with him or her. Having attorned to the law of the United States, the appellant cannot complain that failure to give the second warning required by the *Charter* was unfair.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *United States v. Toscanino*, 500 F.2d 267 (1974); *United States of America v. Hensel*, 509 F.Supp. 1364 (1981); *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525.

s'incriminer, contrairement à l'art. 7 de la *Charte*. La loi accorde aux suspects le droit de ne pas s'incriminer, à leur choix, mais n'exige pas l'exclusion des déclarations incriminantes faites volontairement.

L'omission des policiers étrangers de se conformer aux procédures requises en vertu de la *Charte* au Canada ne viciait pas les éléments de preuve au point que leur utilisation rendrait le procès inéquitable. Aucune injustice n'a découlé du fait que la déclaration, recueillie aux États-Unis conformément à la loi américaine, était admissible et cependant, si elle avait été recueillie au Canada dans les mêmes circonstances, elle n'aurait pas été admissible. Une différence entre les règles juridiques étrangères et celles prescrites par la *Charte* ne prouve pas que l'utilisation des éléments de preuve rendrait le procès inéquitable. La déclaration contestée ne résultait pas de la privation d'un droit garanti par la Constitution, car aucun droit équivalent n'existe aux États-Unis et, en outre, la dérogation aux procédures canadiennes n'était pas des plus graves. Aucune injustice n'a résulté du fait que la déclaration aurait été inadmissible, si elle avait été faite au Canada: l'injustice découle en grande partie du fait que l'accusé s'attend à ce que la police au Canada respecte la loi canadienne et non pas du fait que la déclaration n'aurait pas été admissible si elle avait été recueillie au Canada dans des circonstances similaires. Lorsqu'un suspect quitte le Canada, il n'emporte pas avec lui les droits que lui garantit la *Charte*. Comme elle s'était soumise à la loi des États-Unis, l'appelante ne peut pas prétendre que l'omission de faire la deuxième mise en garde exigée par la *Charte* était inéquitable.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *United States c. Toscanino*, 500 F.2d 267 (1974); *United States of America c. Hensel*, 509 F.Supp. 1364 (1981); *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *R. v. Shafie* (1989), 47 C.C.C. 27; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d), 24(1), (2), 32(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 147(a).

Authors Cited

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 89 C.C.C. (3d) 276, 42 B.C.A.C. 218, 67 W.A.C. 218, allowing an appeal from acquittal by Boyd J. Appeal dismissed.

William B. Smart and Rod Flannigan, for the appellant.

William F. Ehrcke, for the respondent.

S. David Frankel, Q.C., and *Kimberly Prost*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Charles I. M. Lugosi, for the intervener Robert Scott Terry.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

¹ LA FOREST J. — The general issue in this appeal is whether and to what extent evidence obtained by foreign peace officers in a manner that, if obtained

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *R. c. Shafie* (1989), 47 C.C.C. 27; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Kuruma c. The Queen*, [1955] A.C. 197; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(b), 11d), 24(1), (2), 32(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 147a).

Doctrine citée

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 89 C.C.C. (3d) 276, 42 B.C.A.C. 218, 67 W.A.C. 218, qui a accueilli l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Boyd. Pourvoi rejeté.

William B. Smart et Rod Flannigan, pour l'appelante.

William F. Ehrcke, pour l'intimée.

S. David Frankel, c.r., et *Kimberly Prost*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Charles I. M. Lugosi, pour l'intervenant Robert Scott Terry.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE LA FOREST — La question générale que soulève le présent pourvoi consiste à déterminer si un élément de preuve obtenu par des agents de la

by Canadian police in Canada, would be in contravention of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is admissible at the trial of an accused in Canada for an offence committed here. Specifically, is an inculpatory statement, made without the benefit of counsel by a Canadian citizen to American peace officers, concerning her participation in a criminal offence in Canada, admissible in evidence by the Crown when the statement, though made in accordance with United States law, would if taken in Canada by Canadian police in similar circumstances violate the accused's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*? This involves a consideration of the application of ss. 7, 11(d), 24 and 32 of the *Charter* as well as s. 10(b).

Facts

The issue arises against the following background. The appellant's boyfriend, Stephen Hagerman, then in custody in Vancouver awaiting extradition to the United States in respect of serious drug charges in the United States, was taken from the custody of two armed sheriff's officers, who were escorting him to the emergency department of the Vancouver Hospital, by an unidentified armed man who then escaped with Hagerman by van.

Almost immediately after the escape, the United States Marshal service (the police) was in communication with the Vancouver police, offering assistance in posting a reward. The Marshal service also undertook its own investigation during which they learned that the appellant was Hagerman's girlfriend and on further investigation found that she might perhaps have been convicted of assault in Canada, and consequently be illegally in the United States. In accordance with general practice, the Marshal's office alerted the United States Immigration Office. The Marshals had learned that

paix d'un pays étranger d'une manière qui, si cet élément de preuve avait été obtenu au Canada par la police canadienne, contreviendrait à la *Charte canadienne des droits et libertés*, est admissible au procès d'une personne accusée ici d'y avoir commis une infraction, et, dans l'affirmative, dans quelle mesure cet élément est admissible. De façon plus précise, la question est de savoir si une déclaration incriminante faite par une citoyenne canadienne à des agents de la paix américains, sans l'assistance d'un avocat et concernant sa participation à une infraction criminelle commise au Canada est admissible en preuve, si elle est déposée par le ministère public et qu'il s'agit d'une déclaration qui, bien que faite conformément au droit américain, violerait, si elle avait été recueillie au Canada dans des circonstances analogues par des policiers canadiens, le droit de l'accusée à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte*. L'examen de cette question emporte la prise en considération, outre de l'al. 10b), de l'application de l'art. 7, de l'al. 11d) et des art. 24 et 32 de la *Charte*.

Les faits

La question en litige découle des faits suivants. Pendant qu'il était détenu à Vancouver et attendait d'être extradé aux États-Unis pour répondre à de graves accusations en matière de drogue, le petit ami de l'appelante, Stephen Hagerman, a été soustrait à la garde armée de deux agents du shérif qui l'escortaient à l'urgence du Vancouver Hospital, par un homme armé non identifié, qui a ensuite pris la fuite avec Hagerman dans une fourgonnette.

Presque tout de suite après l'évasion, le service du United States Marshal (la police) est entré en communication avec la police de Vancouver et a offert de lui apporter son aide en versant une récompense. Le service du Marshal a aussi entrepris sa propre enquête, qui lui a permis d'apprendre, dans un premier temps, que l'appelante était la petite amie d'Hagerman et, dans un deuxième temps, que l'appelante aurait peut-être même été reconnue coupable de voies de fait au Canada, et donc qu'elle se trouvait illégalement aux États-Unis. Conformément à la pratique générale, le

2

3

the appellant was staying at Hagerman's cottage with Hagerman's mother in Cleveland and, along with Immigration officers, they went there the following day.

bureau du Marshal a alerté les autorités américaines de l'immigration. Ayant appris que l'appelante se trouvait à la maison de campagne d'Hagerman, à Cleveland, avec la mère de ce dernier, les marshals s'y rendirent le lendemain, en compagnie d'agents de l'immigration.

4 The primary purpose of the trip was to investigate the appellant's immigration status but a secondary purpose was to allow the Marshal's office an opportunity to interview her. The Immigration authorities had power to arrest her if satisfied she was possibly an illegal alien, but the Marshals had no grounds to arrest her. On arrival at the cottage, the Immigration Officer identified himself, placed the appellant under arrest and recited the "Miranda warning" against self-incrimination required under the Fifth Amendment of the United States Constitution (see *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)). She stated she understood and denied any criminal record.

La visite, qui avait pour but premier de contrôler si l'appelante était en règle avec l'immigration, avait aussi un but secondaire, savoir donner aux marshals l'occasion de l'interroger. Alors que les autorités de l'immigration avaient le pouvoir d'arrêter l'appelante si elles étaient convaincues que celle-ci était une étrangère en situation irrégulière, les marshals n'avaient pas, eux, de raisons de l'arrêter. À son arrivée à la maison de campagne, l'agent de l'immigration s'est identifié, a mis l'appelante en état d'arrestation et lui a lu la «mise en garde de l'arrêt *Miranda*» contre l'auto-incrimination, comme il était tenu de le faire en vertu du Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis (voir l'arrêt *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)). L'appelante a affirmé comprendre la mise en garde et elle a nié avoir un casier judiciaire.

5 The appellant was then taken by the Immigration agents to a State police post in Gaylord, Michigan, the Marshals following in their own car. At the police post, an immigration agent advised her that he would make further telephone calls regarding the appellant's record, and then told her the Marshals wanted to question her.

Elle a ensuite été conduite par les agents de l'immigration au poste de la police d'État à Gaylord (Michigan). Les marshals suivaient dans leur propre voiture. Au poste de police, un agent de l'immigration a d'abord informé l'appelante qu'il ferait des appels téléphoniques au sujet de son casier judiciaire, puis il lui a dit que les marshals voulaient l'interroger.

6 At the outset, the Marshal conducting the interview reminded the appellant that the warning she had been given still applied. She was advised that they were conducting an investigation of Hagerman. Some time during the discussion, the appellant admitted she had moved a van on Hagerman's instruction, but denied any further knowledge of his escape. Following this, the Marshal left to call the Vancouver police who informed him that they suspected the appellant of greater involvement in the escape and, indeed, that they suspected she had passed Hagerman a vehicle key and some diamond wire while he was detained.

D'entrée de jeu, le marshal qui menait l'interrogatoire a rappelé à l'appelante que la mise en garde qu'elle avait reçue continuait de s'appliquer. On l'informa que la police enquêtait sur Hagerman. À un certain moment durant la discussion, l'appelante a admis avoir déplacé une fourgonnette selon les instructions de Hagerman, mais elle a nié en savoir plus long sur l'évasion de ce dernier. Après cette admission, le marshal s'est levé pour aller téléphoner à la police de Vancouver, qui lui indiqua qu'elle soupçonnait l'appelante d'avoir pris une part plus grande à l'évasion d'Hagerman et, de fait, d'avoir remis à ce dernier, pendant qu'il était en détention, les clés d'un véhicule ainsi qu'un fil

The appellant was subsequently interrogated about this.

I underline here that in questioning the appellant the United States Immigration agents and the American Marshal were carrying out their respective duties under the immigration laws of their country and in relation to the offences of which Hagerman was charged in that country. However, at some point the focus of the Marshal's interview shifted to Harrer's alleged criminal participation in Hagerman's escape in Canada. Before entering upon an interrogation on this more serious Canadian charge, the Marshal did not give a second warning as would be required of Canadian police investigating a crime in Canada; see *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869. He, not unnaturally, simply acted in accordance with American law where the *Miranda* rule does not require a second warning under these circumstances. I add, finally, that, while they were cooperating with one another, there is nothing to indicate that the American authorities were in any way acting for or on behalf of the Canadian police.

On her return to Canada, the Crown, at the appellant's trial for assisting Hagerman in escaping lawful custody contrary to s. 147(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, adduced the appellant's statements to the United States Marshal. However, the trial judge, who took the view that the *Charter* applied outside Canada, held that the interrogation violated s. 10(b) of the *Charter* which guarantees the right to a person arrested or detained to retain and instruct counsel without delay. Exercising her discretion under s. 24(2), the judge rejected the evidence on the ground that it would bring the administration of justice into disrepute, and acquitted the appellant. I add, interstitially, that she also rejected some of the later portions of the appellant's statements on the ground that they were not voluntary. The latter ruling was not, however, contested on the appeals to the Court

à couper le métal. L'appelante a par la suite été interrogée sur ces faits.

Je souligne ici que, en interrogeant l'appelante, les agents de l'immigration et les marshals américains exerçaient leurs fonctions respectives, les premiers assurant l'application des lois de l'immigration des États-Unis et les seconds enquêtant sur les infractions dont Hagerman était accusé dans ce pays. Cependant, à un certain moment de l'interrogatoire mené par le marshal, ce dernier s'est concentré sur la présumée participation criminelle d'Harrer à l'évasion d'Hagerman au Canada. Avant de commencer son interrogatoire sur cette infraction plus grave commise au Canada, le marshal n'a pas lu une deuxième fois la mise en garde, contrairement à ce que doivent faire les policiers canadiens enquêtant sur un crime au Canada; voir *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869. Il s'est tout simplement conformé, ce qui est par ailleurs tout à fait naturel, au droit américain et il a appliqué la règle de l'arrêt *Miranda* qui n'exige pas, dans de telles circonstances, qu'une deuxième mise en garde soit donnée. Enfin, je tiens à ajouter que, même s'il y a eu coopération, rien n'indique que les autorités américaines agissaient de quelque façon pour le compte de la police canadienne.

Après le retour de l'appelante au Canada, lors de son procès pour avoir aidé Hagerman à s'évader d'une garde légale en contravention de l'al. 147a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, le ministère public a déposé la déclaration qu'elle avait faite aux marshals américains. Toutefois, le juge a estimé que la *Charte* s'appliquait à l'extérieur du Canada et statué que l'interrogatoire avait violé l'al. 10b) de la *Charte*, qui garantit à la personne en état d'arrestation ou en détention le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 24(2), le juge a rejeté cet élément de preuve pour le motif que son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice, et il a acquitté l'appelante. J'ajoute, en passant, que le juge a aussi écarté certains passages se trouvant vers la fin de la déclaration de l'appelante, pour le motif

of Appeal or to this Court and need not, therefore, be considered further.

9 On appeal to the Court of Appeal, the appeal was allowed primarily on the ground that there was no *Charter* breach because the *Charter* had no application to interrogations conducted in the United States, but also on the ground that the *Charter* did not apply to the American authorities. Consequently, the evidence could not be excluded under s. 24(2). From this decision, the appellant appealed to this Court as of right.

Analysis

10 Let me first say a word about the argument concerning the territorial limits of the *Charter*, which appears to have played a considerable role in the thinking of the Court of Appeal. That argument is not necessary to the disposition of the case, but I would not wish my remarks to be interpreted as giving credence to the view that the ambit of the *Charter* is automatically limited to Canadian territory. This is in no way inconsistent with the extradition cases decided in this Court or *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278. All these cases were concerned either with the application of the *Charter* to foreign law, or to the activities of agents of a foreign state in performing their functions in their own countries. To apply our law in such situations would truly be giving the *Charter* impermissible extraterritorial application as I observed in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500. Nor, as I read it, is there anything in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, to the contrary. The appellant, it is true, relied on the statement in Justice McLachlin's reasons in the latter case (at p. 847) that "[t]his Court has in the past refused to apply *Charter* guarantees to defects in proceedings outside the country". But in my separate reasons (in which I expressed substantial agreement with my colleague), I was careful to observe (at p. 831) that the proceeding in question there was one initiated by the American authorities against an American citizen in respect of a crime

que les affirmations en question n'avaient pas été faites volontairement. Toutefois, comme cette décision n'a été contestée ni devant la Cour d'appel ni devant notre Cour, il n'est donc pas nécessaire de s'y arrêter plus longuement.

La Cour d'appel a accueilli l'appel, principalement pour le motif qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*, étant donné que celle-ci ne s'applique pas aux interrogatoires menés aux États-Unis, mais également pour le motif que la *Charte* ne s'appliquait pas aux autorités américaines. Par conséquent, l'élément de preuve ne pouvait pas être écarté en vertu du par. 24(2). C'est contre cette décision que l'appelante se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

Analyse

J'aimerais d'abord dire un mot sur l'argument concernant les limites de l'application territoriale de la *Charte*, argument qui semble avoir joué un rôle considérable dans le raisonnement de la Cour d'appel. Cet argument n'est pas nécessaire pour décider de l'affaire, et je ne voudrais pas que mes remarques soient interprétées comme signifiant que la portée de la *Charte* est obligatoirement limitée au territoire canadien. Il n'y a là aucune contradiction ni avec les affaires d'extradition tranchées par notre Cour, ni avec l'arrêt *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278. Tous ces cas portaient soit sur l'application de la *Charte* au droit d'un autre pays, soit sur les activités d'agents d'un État étranger agissant dans le cadre de leurs fonctions dans leur propre pays. L'application de notre droit dans de telles circonstances aurait réellement pour effet de donner à la *Charte* une portée extra-territoriale inadmissible, comme je l'ai fait observer dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500. Et, selon moi, rien dans *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779 ne permet d'affirmer le contraire. L'appelante, il est vrai, s'appuie sur l'affirmation faite par le juge McLachlin, dans ses motifs dans le dernier arrêt mentionné (à la p. 847), que «[n]otre Cour a, dans le passé, refusé d'appliquer les garanties de la *Charte* à des défauts dans les procédures de pays étrangers». Cependant, dans des motifs distincts (où j'ai en grande partie exprimé mon accord avec ma

under American law committed in that country. L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ., the other members of the majority, concurred in both sets of reasons. We are dealing here with evidence to be used in a Canadian proceeding, though obtained outside Canada.

Subject to whatever argument may be made to the contrary, it strikes me that the automatic exclusion of *Charter* application outside Canada might unduly restrict the protection Canadians have a right to expect against the interference with their rights by our governments or their agents. Consequently, had the interrogation about a Canadian offence been made by Canadian peace officers in the United States in circumstances that would constitute a violation of the *Charter* had the interrogation taken place in Canada, an entirely different issue would arise. A different issue would also arise if the United States policemen and immigration authorities had been acting as agents of the Canadian police in furthering a criminal prosecution in Canada. These issues do not arise and I shall say no more about them.

What I think is determinative against the argument that the *Charter* applied to the interrogation in the present case is the simple fact that the United States immigration officials and the Marshals were not acting on behalf of any of the governments of Canada, the provinces or the territories, the state actors to which, by virtue of s. 32(1) the application of the *Charter* is confined; see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. It follows that the *Charter* simply has no direct application to the interrogations in the United States because the governments mentioned in s. 32(1) were not implicated in these activities. The United States authorities involved in the present case can in no way be considered as acting on

collègue), j'ai pris soin de faire remarquer (à la p. 831) que la procédure en cause dans cette affaire était une initiative prise par les autorités américaines, contre un citoyen américain, pour un crime prévu par le droit américain et commis aux États-Unis. Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, les autres membres de la majorité, ont souscrit aux motifs du juge McLachlin ainsi qu'aux miens. En l'espèce, il est question d'un élément de preuve qui, bien qu'il ait été obtenu à l'étranger, doit être utilisé dans une instance au Canada.

Sous réserve de tout argument affirmant le contraire, il me semble que le fait d'écarter automatiquement l'application de la *Charte* à l'extérieur du Canada pourrait avoir pour effet de restreindre indûment la protection à laquelle les Canadiens sont en droit de s'attendre en ce qui concerne la violation de leurs droits par nos gouvernements ou leurs mandataires. Par conséquent, si l'interrogatoire portant sur une infraction aux lois canadiennes avait été fait par un agent de la paix canadien, aux États-Unis, dans des circonstances qui constitueraient une violation de la *Charte* si cet interrogatoire avait lieu au Canada, nous serions alors en présence d'une tout autre question. Une autre question se poserait également si les policiers américains et les autorités de l'immigration de ce pays avaient agi à titre de mandataires de la police canadienne pour faciliter des poursuites criminelles au Canada. Toutefois, comme ces questions ne se posent pas, je n'en dirai pas plus à leur égard.

Ce qui, je crois, permet d'écarter de façon définitive l'argument que la *Charte* s'applique à l'interrogatoire visé en l'espèce est le simple fait que les fonctionnaires des services de l'immigration des États-Unis et les marshals américains n'agissaient pour aucun des gouvernements du Canada, des provinces et des territoires, savoir les acteurs étatiques auxquels est limitée l'application de la *Charte* par son par. 32(1); voir l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. Il s'ensuit que la *Charte* ne s'applique absolument pas de façon directe aux interrogatoires qui ont eu lieu aux États-Unis, étant donné que les gouvernements mentionnés au par. 32(1) n'ont pas participé à ces activités. Les autorités américaines en cause

11

12

behalf of those governments, and this was not really contested at the hearing. That being so, the rights flowing under s. 10(b) of the *Charter* to persons arrested or detained had no application. This, however, does not mean that the manner in which the evidence was obtained is entirely irrelevant in subsequent proceedings for a crime in Canada. I turn then to other possible *Charter* implications in Canada.

13

As I see it, the application of the *Charter* could only be triggered when the Canadian police began proceedings against the accused on her return to Canada, a situation closely analogous to that in *Kindler*. The appellant does not complain about any improper police action in Canada. Consequently, the only grounds that may be available to the appellant, as her counsel recognized during the oral hearing, is that the admission of the evidence would violate the appellant's liberty interests in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, or would violate the guarantee of a fair trial under s. 11(d) of the *Charter*. I am not sure it much matters which of these *Charter* provisions one addresses in the present context; they appear to raise the same policy considerations; for analogous situations, see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, *per* Iacobucci J., at pp. 561-62. If the admission of crucial evidence such as the out of court self-incriminatory statements in this case would be in violation of the principles of fundamental justice, I would think the trial would not be fair. On the other hand, if one found the evidence inadmissible because it would result in a trial that is not fair, then I have no doubt that its admission would violate the principles of fundamental justice. Generally, it is true, the Court has shown a preference for dealing with the specific guarantee when both s. 7 and a specific guarantee under the *Charter* are pleaded. I will by and large follow that approach here, though I will at

en l'espèce ne peuvent d'aucune façon être considérées comme ayant agi pour le compte de ces gouvernements, et ce fait n'a pas vraiment été contesté à l'audience. Cela étant, les droits reconnus par l'al. 10b) de la *Charte* aux personnes arrêtées ou détenues ne s'appliquaient donc pas. Cependant, cela ne signifie pas que la manière dont la preuve a été obtenue n'a aucune pertinence à l'égard de poursuites intentées ultérieurement pour un crime au Canada. Je vais maintenant examiner les autres incidences possibles de la *Charte* au Canada.

Selon moi, l'application de la *Charte* ne pouvait être invoquée qu'à compter du moment où la police canadienne a intenté des poursuites contre l'accusée à son retour au Canada, situation qui ressemble beaucoup à l'affaire *Kindler*. L'appelante ne reproche aucune irrégularité à la police au Canada. Par conséquent, comme l'a reconnu son avocat à l'audience, le seul moyen dont dispose peut-être l'appelante serait l'argument que l'admission de l'élément de preuve en cause violerait soit le droit de l'appelante à la liberté d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, droit qui est prévu par l'art. 7 de la *Charte*, soit le droit de l'appelante à un procès équitable garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. Je ne suis pas certain qu'il importe beaucoup de savoir laquelle de ces dispositions de la *Charte* doit être invoquée dans le présent contexte. En effet, elles paraissent soulever les mêmes considérations de principe. Pour des situations analogues, voir les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309 et *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, les motifs du juge Iacobucci aux pp. 561 et 562. Si l'admission d'un élément de preuve déterminant, comme les déclarations incriminantes extrajudiciaires faites en l'espèce, violait les principes de justice fondamentale, je suis d'avis que le procès ne serait pas équitable. Par ailleurs, si l'élément de preuve était jugé inadmissible parce qu'il entraînerait un procès inéquitable, il ne ferait alors aucun doute selon moi que son admission violerait les principes de justice fondamentale. Il est vrai que, de façon générale, la Cour a préféré examiner la garantie spécifique invoquée dans les cas où on plaide à la fois l'art. 7 et une garantie spécifique de la *Charte*. De

times refer to s. 7 because, as I mentioned, in this context the same values are at play.

Would, then, the admission of the impugned evidence result in an unfair trial? In approaching this issue, I do not think one can automatically assume that the evidence was unfairly obtained or that its admission would be unfair (which may not be precisely the same question) simply because it was obtained in a manner that would in this country violate a *Charter* guarantee. As in other cases involving broad concepts like “fairness” and “principles of fundamental justice”, one is not engaged in absolute or immutable requirements; these concepts vary with the context in which they are invoked; see *Lyons*, at p. 361. Specifically here, one is engaged in a delicate balancing to achieve a just accommodation between the interests of the individual and those of the state in providing a fair and workable system of justice; see my remarks in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539. On the same page in that case, it is recognized that different balances may be achieved in different countries, all of which are fair or, to put it in s. 7 terminology, “in accordance with the principles of fundamental justice”. I add that this Court has also stated that “s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined”; see *Lyons, supra*, at p. 362. It follows that, in the present context, evidence may be obtained in circumstances that would not meet the rigorous standards of the *Charter* and yet, if admitted in evidence, would not result in the trial being unfair.

manière générale, je vais suivre cette approche en l’espèce, quoique je me référerai de temps à autre à l’art. 7, étant donné, comme je l’ai dit plus tôt, que les mêmes valeurs sont en jeu dans le présent contexte.

L’admission de l’élément de preuve contesté entraînerait-elle un procès inéquitable? Je ne pense pas que, dans l’examen de cette question, il soit permis de supposer automatiquement que, du seul fait qu’un élément de preuve a été obtenu d’une façon qui, au Canada, violerait un droit garanti par la *Charte*, cet élément a été obtenu d’une façon inéquitable, ou que son admission serait inéquitable (ce qui n’est peut-être pas exactement la même question). Comme dans les autres affaires soulevant des concepts généraux tels «l’équité» et «les principes de justice fondamentale», nous ne sommes pas en présence d’exigences absolues ou immuables; ces concepts varient suivant le contexte dans lequel ils sont invoqués; voir l’arrêt *Lyons*, précité, à la p. 361. De façon plus particulière, en l’espèce, il faut accomplir une tâche délicate, c’est-à-dire établir un juste équilibre entre les intérêts de l’individu visé et l’intérêt de l’État qui est d’assurer un système de justice applicable et équitable; voir mes commentaires dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539. Dans cette même page, on reconnaît que divers pays peuvent arriver à des équilibres différents mais par ailleurs tous aussi équitables ou, pour reprendre les termes de l’art. 7, «en conformité avec les principes de justice fondamentale». J’ajoute que notre Cour a aussi affirmé que même si «l’art. 7 de la *Charte* reconnaît à l’appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l’on puisse imaginer»; voir *Lyons*, à la p. 362. Il s’ensuit que, dans le présent contexte, il est possible qu’un élément de preuve ayant été obtenu dans des circonstances ne respectant pas les normes strictes établies par la *Charte*, mais qui malgré cela serait jugé admissible, n’entraîne pas pour autant un procès inéquitable.

15

Looking specifically at the present situation, it is obvious that Canada cannot impose its procedural requirements in proceedings undertaken by other states in their own territories. And I see no reason why evidence obtained in other countries in a manner that does not conform to our procedures should be rejected if, in the particular context, its admission would not make the trial unfair. For us to insist that foreign authorities have followed our internal procedures in obtaining evidence as a condition of its admission in evidence in Canada would frustrate the necessary cooperation between the police and prosecutorial authorities among the various states of the world. Moreover, we must be mindful that a constitutional rule may be adopted to ensure that our system of obtaining evidence is so devised as to ensure that a guaranteed right is respected as a matter of course. Thus there may well be cases where in an objective sense there may be no unfairness where a second warning is not given to a suspect when an investigation moves to a more serious offence, but by imposing the rule we encourage a type of police practice that ensures the individual's right to counsel is respected. The rule is not geared to the individual case alone, but to ensuring the fairness of the system and general respect for this country's constitutional values. We have no systemic concern of this kind in relation to the actions of foreign police abroad. We are concerned solely with whether the admission of evidence in the particular case will affect the fairness of the trial.

16

On the other hand, Canada is not bound by the law of other countries in conducting trials in this country. We must, in determining whether evidence should be admitted into evidence, be guided by our sense of fairness as informed by the under-

Si l'on s'attache à la situation qui nous occupe, il est évident que le Canada ne peut pas imposer l'application de ses exigences procédurales aux procédures engagées par d'autres États sur leur propre territoire. De plus, je ne vois aucune raison d'écarter des éléments de preuve qui sont recueillis dans d'autres pays, d'une manière non conforme à nos procédures si, dans le contexte de l'affaire en question, leur admission ne rendrait pas le procès inéquitable. Si nous insistions pour que les autorités étrangères suivent nos procédures internes relativement à l'obtention de la preuve et faisons du respect de ces procédures une condition de l'admissibilité au Canada de la preuve ainsi recueillie, cela ferait obstacle à la coopération qui doit exister entre les services policiers et organismes chargés des poursuites des différents pays du monde. Qui plus est, il faut être conscient qu'une règle constitutionnelle peut être adoptée pour faire en sorte que nos mécanismes d'obtention de la preuve soient conçus de manière à assurer, dans le cours normal des choses, le respect d'un droit garanti. Ainsi, bien qu'il puisse fort bien survenir des cas où, d'un point de vue objectif, aucune injustice ne découle du fait qu'une seconde mise en garde ne soit pas donnée à un suspect au moment où l'enquête change d'orientation pour porter sur une infraction plus grave, en imposant cette règle constitutionnelle nous encourageons l'application de pratiques policières assurant le respect du droit de l'individu concerné à l'assistance d'un avocat. Par ailleurs, la règle n'est pas conçue seulement en fonction de chaque cas particulier, mais elle vise également à garantir l'équité de nos mécanismes et le respect général des valeurs constitutionnelles du pays. Nous ne sommes pas préoccupés par les problèmes d'ordre systémique de cette nature pour ce qui est des actions des polices étrangères à l'extérieur du pays. La seule question qui nous intéresse est de savoir si l'admission d'un élément de preuve, dans un cas particulier, nuira au caractère équitable du procès.

Par ailleurs, le Canada n'est pas lié par les lois des autres pays pour ce qui concerne les procès qui ont lieu ici. Lorsque nous sommes appelés à statuer sur l'admissibilité d'un élément de preuve, nous devons suivre notre sens de l'équité, en

lying principles of our own legal system as it applies to the specific context of the case. The fact that the evidence was obtained in another country in accordance with the law of that country may be a factor in assessing fairness. Its legality at the place in question will necessarily affect all participants, including the police and the individual accused. More specifically, conformity with the law of a country with a legal system similar to our own has even more weight, for we know that a number of different balances between conflicting principles can be fair; see *Thomson Newspapers, supra*, at p. 539.

But the foreign law is not governing in trials in this country. For example, it may happen that the evidence was obtained in a manner that conformed with the law of the country where it was obtained, but which a court in this country would find in the circumstances of the case would result in unfairness if admitted at trial. On the other hand, the procedural requirements for obtaining evidence imposed in one country may be more onerous than ours. Or they may simply have rules that are different from ours but are not unfair. Or again we may not find in the particular circumstances that the manner in which the evidence was obtained was sufficiently objectionable as to require its rejection. In coming to a decision, the court is bound to consider the whole context.

At the end of the day, a court is left with a principled but fact-driven decision. Thus far, there have been few, if any other cases on the issue. As the number of cases increases, more precise legal principles or guidelines may, of course, develop. In the United States, for example, the law seems to be to admit evidence obtained in a foreign country unless the manner of its obtention shocks the con-

tenant compte des principes qui sous-tendent notre propre système juridique, tel qu'il s'applique dans le contexte particulier de l'affaire. Le fait que l'élément de preuve ait été recueilli dans un autre pays, conformément au droit de ce pays, peut être un facteur à prendre en considération pour déterminer ce qui est équitable. La légalité de cet élément de preuve dans le pays en question aura nécessairement des conséquences pour les divers intervenants, y compris la police et l'accusé. De façon plus particulière, l'élément de preuve aura un poids encore plus grand s'il est conforme aux règles de droit d'un pays ayant un système juridique similaire au nôtre, car nous savons que le fait que des pays aient établi un équilibre différent entre des valeurs opposées n'est pas un obstacle à l'équité; voir l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 539.

Cependant, ce n'est pas le droit étranger qui s'applique dans les procès au Canada. Par exemple, il est possible qu'un élément de preuve ait été recueilli conformément au droit du pays étranger visé, mais qu'un tribunal canadien juge néanmoins que, dans les circonstances de l'espèce, admettre cet élément entraînerait un procès inéquitable. Par ailleurs, il se peut également que les exigences procédurales d'un pays étranger en matière d'obtention de la preuve soient plus rigoureuses que les nôtres, ou encore que certains pays aient des règles tout simplement différentes des nôtres, sans pour autant que ces règles soient inéquitables. Enfin, il est toujours possible que nous jugions que, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'élément de preuve n'a pas été obtenu d'une manière suffisamment condamnable pour qu'il soit nécessaire de l'écarter. Pour prendre sa décision à cet égard, le tribunal doit tenir compte de l'ensemble du contexte.

En fin de compte, le tribunal rend une décision qui est fondée sur des principes mais déterminée par les faits. Jusqu'à maintenant, il n'y a eu que peu ou pas d'autres décisions sur la question en litige. Au fur et à mesure que le nombre de décisions augmentera, il va de soi qu'il pourra s'établir des lignes directrices et des principes juridiques plus précis. En droit américain, par exemple, la

17

18

science; see *United States v. Toscanino*, 500 F.2d 267 (2d Cir. 1974), at p. 276; *United States of America v. Hensel*, 509 F.Supp. 1364 (1981), at p. 1372. I agree that one should not be overly fastidious or adopt a chauvinistic attitude in assessing practices followed in other countries but, given the few cases on the matter, I am not at this stage prepared to accept that the unfairness must be such as to shock the conscience to warrant rejection. Simply, what we seek is a fair trial in the specific context, and I am by no means sure this requirement can be satisfied by the rejection of foreign evidence only in the most egregious circumstances. It is right to add, however, that this issue does not arise here because I am satisfied that there was no unfairness in the circumstances of this case.

règle semble être que les éléments de preuve recueillis à l'étranger sont admissibles, sauf s'ils ont été obtenus d'une manière qui choque la conscience; voir l'arrêt *United States c. Toscanino*, 500 F.2d 267 (2d Cir. 1974), à la p. 276; *United States of America c. Hensel*, 509 F.Supp. 1364 (1981), à la p. 1372. Je conviens qu'il ne faut pas se montrer trop pointilleux ou chauvin dans l'appréciation des pratiques suivies par d'autres pays, mais, compte tenu du petit nombre de décisions qui existent sur la question, je ne suis pas prêt à admettre, à ce stade-ci, que l'injustice doit être telle qu'elle choque la conscience pour justifier le rejet de l'élément de preuve. Tout ce que l'on recherche, c'est de faire en sorte que le procès soit équitable dans le contexte particulier de l'affaire, et je ne suis aucunement certain que l'on puisse réaliser cet objectif essentiel en écartant les éléments de preuve recueillis à l'étranger seulement dans les cas les plus flagrants. Il faut ajouter, toutefois, que cette question ne se pose pas en l'espèce, parce que je suis convaincu que les circonstances du présent cas ne créaient aucune injustice.

19

While no new warning was given when the interrogation moved to the more serious offence under Canadian law, I do not think this was unfair in the circumstances of this case. In general terms, I have some hesitation in accepting in the abstract that an enquiry conducted in the United States in accordance with the *Miranda* case is automatically unfair in situations that would in this country require a second warning. Our law may be more protective, but it does not necessarily follow that the rule developed in that case is unfair. It would be surprising if it were. *Miranda* is, after all, a recent case that stands as a landmark decision for the protection of the rights of a person arrested or detained that this Court has emulated. While this Court has required the further warning described in fleshing out the protection accorded by s. 10(b), it by no means follows that the admission of evidence obtained under a lesser standard in another country would make a trial automatically unfair. Our more stringent rule, as I indicated before, exists for systemic reasons and is not addressed to determining the fairness of a single situation taking place in another country. I would be inclined

Même si la mise en garde n'a pas été répétée lorsqu'on a commencé à interroger l'appelante sur l'infraction plus grave prévue par le droit canadien, je ne crois pas qu'il a été inéquitable d'agir ainsi dans les circonstances de l'espèce. En gros, j'ai quelque difficulté à accepter, dans l'abstrait, qu'un interrogatoire mené aux États-Unis, conformément à l'arrêt *Miranda*, est automatiquement inéquitable s'il s'agit d'une situation où il aurait fallu, au Canada, faire une seconde mise en garde. Il se peut que notre droit offre une plus grande protection, mais il ne s'ensuit pas nécessairement que la règle établie dans cet arrêt est inéquitable. Il serait surprenant qu'elle le soit. Après tout, l'arrêt *Miranda* est une décision récente, qui fait époque en matière de protection des droits des individus arrêtés ou détenus, et qui a inspiré notre Cour. Même si notre Cour a exigé la seconde mise en garde qui a été décrite lorsqu'on a précisé la protection accordée par l'al. 10b), il ne s'ensuit absolument pas que l'admission d'un élément de preuve obtenu en vertu des normes moins exigeantes d'un autre pays rende automatiquement un procès inéquitable. Comme je l'ai indiqué précédemment, si notre

to think that evidence obtained following a *Miranda* warning should ordinarily be admitted in evidence at a trial unless in the light of other circumstances the court has reason to think the admission of the evidence would make the trial unfair.

There were no such circumstances here — quite the opposite. As I mentioned, not only was the *Miranda* warning given at the outset of the questioning by the Immigration agents; it was also later recalled to the appellant when the police began their questioning. As well, before the relevant statements were made, the interrogating Marshal impressed upon the appellant the seriousness of her situation and his knowledge that she was involved in the escape. On a reading of the judge's findings, it is abundantly clear that the appellant (whom the trial judge, despite her age, described as a "cagey witness" and as "a streetwise and sophisticated young woman" intimately associated with a fugitive sought on charges of high level cocaine trafficking) knew full well that she was being questioned in relation to the very matter in respect of which it is argued a second warning should have been given. Under these circumstances, I am at a loss to understand how these statements would, if admitted, result in the trial being unfair.

I should add that, had the circumstances been such that the admission of the evidence would lead to an unfair trial, I would have had no difficulty rejecting the evidence by virtue of the *Charter*. I would not take this step under s. 24(2), which is addressed to the rejection of evidence that has been wrongfully obtained. Nor would I rely on s. 24(1), under which a judge of competent jurisdiction has the power to grant such remedy to a person who has suffered a *Charter* breach as the court considers just and appropriate. Rather, I would reject the

règle est plus rigoureuse, c'est pour des raisons d'ordre systémique, et elle ne vise pas à permettre de déterminer si une situation particulière, survenue dans un pays étranger, est équitable. Je serais porté à croire qu'un élément recueilli après que la mise en garde de l'arrêt *Miranda* a été donnée devrait être normalement admis en preuve à un procès, sauf si, à la lumière d'autres circonstances, le tribunal a des motifs de croire que l'admission de cet élément rendrait le procès inéquitable.

De telles circonstances n'existaient pas en l'espèce — bien au contraire. Comme je l'ai dit, non seulement la mise en garde de l'arrêt *Miranda* a-t-elle été donnée au début de l'interrogatoire par les agents de l'immigration, mais lorsque la police a commencé son interrogatoire, on a également rappelé à l'appelante qu'elle avait été faite. De même, avant que les déclarations en cause ne soient faites, le marshal qui interrogeait l'appelante a souligné à celle-ci la gravité de sa situation et le fait qu'il savait qu'elle était impliquée dans l'évasion. Il ressort clairement de la lecture des motifs du juge du procès que l'appelante (qui, malgré son âge, a été décrite par le juge comme un [TRADUCTION] «témoin évasif» et une «jeune femme futée et ayant l'expérience du monde», qui était intimement liée à un fugitif recherché à l'égard d'accusations de trafic de la cocaïne sur une grande échelle) savait très bien qu'elle était interrogée relativement aux faits mêmes pour lesquels on prétend qu'une deuxième mise en garde aurait dû lui être donnée. Dans ces circonstances, je ne vois pas comment ces déclarations pourraient, si elles étaient admises, avoir pour effet de rendre le procès inéquitable.

Je me dois d'ajouter que, si les circonstances avaient été telles que l'admission de l'élément de preuve aurait entraîné un procès inéquitable, je n'aurais eu aucune difficulté à l'écarter en vertu de la *Charte*. Je ne l'aurais pas fait en vertu du par. 24(2), qui permet d'écarter des éléments de preuve obtenus illicitement. Je ne l'aurais pas fait non plus en vertu du par. 24(1), qui habilite un tribunal compétent à accorder la réparation qu'il estime juste et appropriée à la personne dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés. J'aurais plutôt

evidence on the basis of the trial judge's duty, now constitutionalized by the enshrinement of a fair trial in the *Charter*, to exercise properly his or her judicial discretion to exclude evidence that would result in an unfair trial.

22

I shall, however, attempt to put more flesh on this approach because the argument was strongly advanced that since there was no breach of the *Charter* in obtaining the evidence, a prerequisite to the power to exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter*, there was no *Charter* based jurisdiction to exclude evidence. The difficulty with this contention is that it fails to appreciate the full nature of a fair trial. As I mentioned, while s. 24(2) is directed to the exclusion of evidence obtained in a manner that infringed a *Charter* right, it does not operate until there is a *Charter* breach. What we are concerned with here is not the remedy for a breach but with the manner in which a trial must be conducted if it is to be fair.

23

The law of evidence has developed many specific rules to prevent the admission of evidence that would cause a trial to be unfair, but the general principle that an accused is entitled to a fair trial cannot be entirely reduced to specific rules. In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, a majority of this Court made it clear that a judge has a discretion to exclude evidence that would, if admitted, undermine a fair trial; see also *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525. Similarly, Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 401, conclude that "if the admission of certain evidence would adversely affect the fairness of an accused's trial, the evidence ought to be excluded" (emphasis added). In *Thomson Newspapers*, *supra*, I attempted to explain that this approach is a neces-

écarté l'élément de preuve en me fondant sur le devoir qu'a le juge de première instance et qui est maintenant constitutionnalisé par suite de l'inscription, dans la *Charte*, du droit à un procès équitable d'exercer correctement son pouvoir discrétionnaire et d'écarter les éléments de preuve qui entraîneraient un procès inéquitable.

Toutefois, je vais tenter de préciser cette approche, parce qu'on a plaidé avec vigueur que, comme l'élément de preuve n'avait pas été obtenu en violation de la *Charte*, savoir le préalable à l'exercice du pouvoir d'écarter cet élément en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, il n'existait aucun pouvoir, fondé sur la *Charte*, permettant de le faire. La difficulté que présente cet argument vient de ce qu'il ne tient pas compte de tous les aspects d'un procès équitable. Comme je l'ai mentionné, même si le par. 24(2) vise à écarter les éléments de preuve obtenus d'une manière qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*, il ne s'applique que s'il y a eu violation de la *Charte*. La question qui nous intéresse en l'espèce n'est pas de savoir quelle réparation doit être accordée relativement à une violation, mais plutôt de quelle manière un procès doit être mené pour être équitable.

Bien que le droit de la preuve ait élaboré de nombreuses règles précises visant à prévenir l'admission en preuve d'éléments qui rendraient un procès inéquitable, le principe général que l'accusé a droit à un procès équitable ne peut pas être entièrement réduit à certaines règles précises. Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, notre Cour a, à la majorité, clairement indiqué qu'un juge a le pouvoir discrétionnaire d'écarter des éléments de preuve qui, s'ils étaient admis, nuiraient à la tenue d'un procès équitable; voir aussi l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525. De même, Sopinka, Lederman et Bryant, dans *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 401, concluent que [TRA-DUCTION] «si l'utilisation de certains éléments de preuve compromettrait l'équité du procès d'un accusé, il faudrait les écarter» (je souligne). Dans le passage suivant de l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 559, j'ai tenté d'expliquer que cette approche est un complément nécessaire au droit à

sary adjunct to a fair trial as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* in the following passage, at p. 559:

... there can really be no breach of the *Charter* until unfair evidence is admitted. Until that happens, there is no violation of the principles of fundamental justice and no denial of a fair trial. Since the proper admission or rejection of derivative evidence does not admit of a general rule, a flexible mechanism must be found to deal with the issue contextually. That can only be done by the trial judge.

I went on to further explain, as I had in *Corbett, supra*, that the common law principle had now been constitutionalized by the *Charter's* guarantee of a fair trial under s. 11(d) of the *Charter*. At page 560, I continued:

The fact that this discretion to exclude evidence is grounded in the right to a fair trial has obvious constitutional implications. The right of an accused to a fair hearing is constitutionalized by s. 11(d), a right that would in any event be protected under s. 7 as an aspect of the principles of fundamental justice (see *R. v. Corbett, per Beetz J.*, at p. 699, and my reasons, at pp. 744-46; Dickson C.J. does not really comment on this issue).

The effect of s. 11(d), then, is to transform this high duty of the judge at common law to a constitutional imperative. As I noted in *Thomson Newspapers*, at p. 563, judges must, as guardians of the Constitution, exercise this discretion where necessary to give effect to the *Charter's* guarantee of a fair trial. In a word, there is no need to resort to s. 24(2), or s. 24(1) for that matter. In such circumstances, the evidence is excluded to conform to the constitutional mandate guaranteeing a fair trial, i.e., to prevent a trial from being unfair at the outset.

Disposition

I would dismiss the appeal.

un procès équitable garanti par l'al. 11d) de la *Charte*:

... il ne peut vraiment y avoir de violation de la *Charte* que si une preuve injuste est admise. À moins que cela ne se produise, il n'y a aucune violation des principes de justice fondamentale et l'accusé n'est pas privé d'un procès équitable. Puisque l'admission ou le rejet appropriés d'une preuve dérivée n'est pas régi par une règle générale, il faut trouver un mécanisme souple qui permette de traiter la question selon le contexte en présence. Seul le juge du procès peut le faire.

J'ai poursuivi mes explications en affirmant, comme je l'avais fait dans l'arrêt *Corbett*, précité, que le principe de la common law avait été constitutionnalisé par l'inscription, dans la *Charte*, du droit à un procès équitable garanti à l'al. 11d). À la p. 560, j'ai ajouté ceci:

Le fait que ce pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve tire son origine du droit à un procès équitable a une incidence évidente sur le plan constitutionnel. Le droit d'un accusé à un procès équitable est constitutionnalisé à l'al. 11d), lequel droit serait de toute façon protégé en vertu de l'art. 7 comme un aspect des principes de justice fondamentale (voir l'arrêt *R. c. Corbett*, le juge Beetz, à la p. 699, et mes motifs, aux pp. 744 à 746; le juge en chef Dickson ne fait pas vraiment d'observation sur cette question).

L'alinéa 11d) a donc pour effet de transformer en impératif constitutionnel ce devoir important qui incombe au juge en common law. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 563, les juges doivent, en tant que gardiens de la Constitution, exercer leur pouvoir discrétionnaire lorsque cela est nécessaire, afin de donner effet au droit à un procès équitable garanti par la *Charte*. En un mot, il n'est pas nécessaire de recourir au par. 24(1) ou (2) à cet égard. Dans de telles circonstances, l'élément de preuve est écarté pour respecter l'impératif constitutionnel garantissant le droit à un procès équitable, c'est-à-dire afin d'empêcher qu'un procès soit dès le départ inéquitable.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The reasons of McLachlin and Major JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges McLachlin et Major rendus par

26 MCLACHLIN J. — This appeal requires us to consider whether failure of the police in a foreign country to comply with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* renders the evidence they gather inadmissible in Canada. The appellant Harrer was tried in Canada on the basis of statements she made to American police in the United States. The trial judge excluded one of Harrer's statements on the ground that the police failed to give her a second right-to-counsel warning when their questioning changed focus, as required by the *Canadian Charter*, but not required under U.S. law. As a result, Harrer was acquitted. The Court of Appeal of British Columbia ruled that this was an error and ordered a new trial. Harrer now appeals to this Court. The issue before us is whether the failure of the United States police to comply with Canadian law makes the statement inadmissible in Canada. I conclude that it does not.

LE JUGE MCLACHLIN — Le présent pourvoi exige que nous examinions si l'omission, par la police d'un pays étranger, de se conformer à la *Charte canadienne des droits et libertés* rend inadmissibles au Canada les éléments de preuve qu'elle recueille. L'appelante Harrer a été jugée au Canada sur le fondement de déclarations faites à la police américaine. Le juge du procès a écarté l'une des déclarations de Harrer pour le motif que les policiers ne l'ont pas informée une deuxième fois, comme l'exige la *Charte* canadienne mais non la loi américaine, de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat lorsque l'interrogatoire qui se déroulait a changé d'orientation. Harrer a donc été acquittée. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué qu'il s'agissait là d'une erreur et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Harrer se pourvoit maintenant devant notre Cour. Il s'agit en l'espèce de savoir si l'omission de la police américaine de se conformer à la loi canadienne rend la déclaration inadmissible au Canada. Je conclus que non.

Facts

Les faits

27 Harrer is charged with helping her friend Hagerman escape from prison in Canada by slipping him a diamond wire in the form of a bracelet and providing him with cash, clothing and a get-away car. Since Hagerman was awaiting extradition to the United States, the U.S. police offered to assist in the investigation of his escape. Vancouver police told them that Harrer may have been involved and offered information suggesting that she might have a criminal record. By this time, Harrer was in the United States, visiting Hagerman's mother.

Harrer est accusée d'avoir aidé son ami Hagerman à s'évader d'une prison au Canada, en lui glissant un fil à couper le métal, enroulé sous forme de bracelet, et en lui fournissant de l'argent, des vêtements et une voiture pour s'enfuir. Comme Hagerman était en attente d'extradition vers les États-Unis, la police américaine a offert de collaborer à l'enquête sur l'évasion. La police de Vancouver lui a dit que Harrer pouvait avoir été impliquée et a transmis de l'information laissant entendre qu'elle pourrait avoir un casier judiciaire. À ce moment-là, Harrer était aux États-Unis, en visite chez la mère de Hagerman.

28 An American immigration officer, accompanied by federal marshals, arrested Harrer, citing reason to believe that she was an illegal alien in the United States. The arresting officers had two related purposes in mind: to investigate Harrer's immigration status and to interview her with respect to the Hagerman escape. The officers gave

Un agent d'immigration américain, qui était accompagné d'officiers de police fédéraux, a arrêté Harrer en affirmant qu'il avait des raisons de croire qu'elle se trouvait illégalement aux États-Unis. Les agents qui ont procédé à l'arrestation avaient à l'esprit deux objectifs connexes: vérifier si Harrer était en règle avec les autorités de l'immigration et

Harrer the warnings required by American law, which included informing her of her right to counsel. In response to questioning as to Hagerman's whereabouts, Harrer admitted that she had driven a van to a parking lot at Hagerman's request, but did not know why (the first statement).

One of the U.S. marshals contacted the Vancouver police again, who relayed information that Harrer may have passed a vehicle key and some diamond wire in the form of a bracelet to Hagerman. I share the trial judge's view that at this point, the focus of the interview shifted to Harrer's criminal participation in the escape. Under the Canadian *Charter*, a second warning must be given when a police inquiry shifts from one area of inquiry to a new and more serious one: *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869. The American officers, following United States law, gave no second warning. The interview continued and Harrer admitted to having done these things (the second statement).

After further questioning, during which the authorities held out the hope of advantage should Harrer assist them, she also confessed to purchasing and leaving in a get-away van a set of handcuffs, a police radio scanner, clothing and \$1000 (the third statement). While these admissions of criminal activity made Harrer an excludable alien, the immigration authorities decided not to deport Harrer, but to allow her to return to Canada unaccompanied. The U.S. officers sent Harrer's confessions to the Canadian police.

Harrer was charged in Canada with assisting in Hagerman's escape. The main evidence against her was the confessions to the American officers. The trial judge excluded the third statement on the ground that it was not voluntary, and the second on

l'interroger relativement à l'évasion de Hagerman. Ils ont fait à Harrer les mises en garde requises par la loi américaine et l'ont notamment informée de son droit à l'assistance d'un avocat. En réponse aux questions sur les allées et venues de Hagerman, Harrer a admis avoir conduit une fourgonnette jusqu'à un terrain de stationnement à la demande de Hagerman, sans en connaître la raison (la première déclaration).

L'un des officiers de police américains a communiqué de nouveau avec la police de Vancouver, qui l'a informé que Harrer avait peut-être remis à Hagerman la clé d'un véhicule et un fil à couper le métal, enroulé sous forme de bracelet. Je suis d'accord avec le juge du procès pour dire qu'à partir de ce moment-là l'interrogatoire a porté sur la participation de Harrer à l'évasion. Selon la *Charte* canadienne, il faut faire une deuxième mise en garde lorsque l'enquête policière change d'orientation pour aborder un autre sujet plus grave: *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869. Les officiers de police des États-Unis, qui ont suivi la loi américaine, n'ont pas fait de deuxième mise en garde. L'interrogatoire s'est poursuivi et Harrer a admis avoir fait ces choses (la deuxième déclaration).

À la suite d'un autre interrogatoire, durant lequel les autorités ont fait miroiter à Harrer certains avantages si elle les aidait, elle a également avoué avoir acheté et laissé, dans une fourgonnette devant servir à prendre la fuite, une paire de menottes, un récepteur à balayage des radiofréquences de la police, des vêtements et une somme de 1 000 \$ (la troisième déclaration). Même si ces aveux relatifs à des activités criminelles faisaient de Harrer une étrangère passible d'exclusion, les autorités de l'immigration ont décidé de ne pas l'expulser, mais de lui permettre de retourner au Canada sans escorte. Les officiers de police américains ont envoyé les aveux de Harrer à la police canadienne.

Harrer a été accusée au Canada d'avoir aidé Hagerman à s'évader. Les principaux éléments de preuve présentés contre elle étaient les aveux qu'elle avait faits aux officiers de police américains. Le juge du procès a écarté la troisième

29

30

31

the ground that it had been obtained in violation of Harrer's right under the *Charter* to a second warning preceding interrogation on her criminal role in Hagerman's escape. Only the first statement was admitted. Harrer was acquitted. The Court of Appeal ((1994), 42 B.C.A.C. 218) allowed the Crown's appeal, ruling that the *Charter* did not apply in the United States and that both of the first two statements should have been admitted. Harrer now appeals to this Court, seeking restoration of the acquittal.

The Issues

32 The main issue is whether Harrer's second statement should have been excluded. This raises two sub-issues:

1. Does the *Charter* apply to foreign authorities acting outside Canada's boundaries?
2. Do the principles of fundamental justice and the right to a fair trial permit exclusion of evidence obtained outside Canada?

Analysis

1. Does the *Charter* Apply to Foreign Authorities?

33 The trial judge proceeded on the basis that the *Charter* applied to the interrogation in the United States. This led her to conclude that the interrogation violated s. 10(b) which guarantees the right on arrest or detention to retain and instruct counsel without delay. Breach of the *Charter* thus established, she excluded the statements under s. 24(2) of the *Charter*, which permits a judge to exclude evidence obtained in violation of the *Charter* where its admission "would bring the administration of justice into disrepute".

34 The Court of Appeal held that the *Charter* did not apply to the interrogations in the United States.

déclaration pour le motif qu'elle n'était pas volontaire et la deuxième, pour le motif qu'elle avait été obtenue sans que Harrer n'ait reçu la deuxième mise en garde, à laquelle elle avait droit en vertu de la *Charte*, avant d'être interrogée sur son rôle dans l'évasion de Hagerman. Seule la première déclaration a été admise. Harrer a été acquittée. La Cour d'appel ((1994), 42 B.C.A.C. 218) a accueilli l'appel du ministère public, statuant que la *Charte* ne s'appliquait pas aux États-Unis et que les deux premières déclarations auraient dû être admises. Harrer se pourvoit maintenant devant notre Cour en vue d'obtenir le rétablissement de son acquittement.

Les questions en litige

Il s'agit principalement de savoir si la deuxième déclaration de Harrer aurait dû être écartée. Cela soulève deux sous-questions:

1. La *Charte* s'applique-t-elle aux autorités étrangères agissant à l'extérieur du Canada?
2. Les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable permettent-ils d'exclure des éléments de preuve obtenus à l'extérieur du Canada?

Analyse

1. La *Charte* s'applique-t-elle à des autorités étrangères?

Le juge du procès a tenu pour acquis que la *Charte* s'appliquait à l'interrogatoire effectué aux États-Unis. Cela l'a amenée à conclure que l'interrogatoire violait l'al. 10b) qui garantit le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Après avoir ainsi établi l'existence d'une violation de la *Charte*, elle a écarté les déclarations conformément au par. 24(2) de la *Charte*, qui permet au juge d'écartier des éléments de preuve obtenus en contravention de la *Charte* lorsque leur utilisation «est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

La Cour d'appel a jugé que la *Charte* ne s'appliquait pas aux interrogatoires effectués aux États-

It followed from this that no *Charter* breach had occurred, and that the evidence could not be excluded under s. 24(2).

I share the view of the Court of Appeal that the *Charter* does not apply to non-Canadian authorities and cannot be so regarded by the courts. This follows from s. 32 of the *Charter*, which provides:

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

Similarly, this Court has held that the *Charter* is limited to the boundaries of Canada: *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, an extradition case in which the Court was asked to judge American law by the standards of the *Charter*. I wrote, for the majority at p. 847:

This Court has in the past refused to apply *Charter* guarantees to defects in proceedings outside the country. In [*Canada v.*] *Schmidt*, [[1987] 1 S.C.R. 500], the majority, *per* La Forest J., rejected the argument that s. 11 rights could serve as an independent ground of *Charter* review, since the fugitive had not been charged with a crime in Canada . . . To go beyond [the application set out in s. 32] would be to give the section extraterritorial effect . . .

Harrer attempts to circumvent the domestic limits of the *Charter* by arguing that the s. 10(b) breach occurs when the evidence was tendered at trial. The trial judge, she argues, was not applying s. 10(b) of the *Charter* to the events that occurred in the United States, but rather applying it in Canada to evaluate those events. I cannot accept this argument. The right to counsel is given "on arrest or detention". The right therefore appertains to the time of arrest or detention, and not to the time at which evidence is admitted at trial: *R. v. Shafie* (1989), 47 C.C.C. 27 (Ont. C.A.), at p. 34,

Unis. Il s'ensuivait qu'il n'y avait eu aucune violation de la *Charte* et que les éléments de preuve ne pouvaient pas être écartés en vertu du par. 24(2).

Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la *Charte* ne s'applique pas à des autorités non canadiennes et que les tribunaux ne peuvent pas considérer qu'elle s'applique à celles-ci. Cela découle de l'art. 32 de la *Charte*, qui prévoit:

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

De même, notre Cour a conclu que la *Charte* ne s'applique qu'à l'intérieur des frontières du Canada: *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, une affaire d'extradition dans laquelle on demandait à la Cour d'apprécier la loi américaine en fonction des normes de la *Charte*. J'affirme, au nom de la majorité, à la p. 847:

Notre Cour a, dans le passé, refusé d'appliquer les garanties de la *Charte* à des défauts dans les procédures de pays étrangers. Dans l'arrêt [*Canada c.*] *Schmidt*, [[1987] 1 R.C.S. 500], le juge La Forest, au nom de la majorité, a rejeté l'argument selon lequel les droits que confère l'art. 11 pourraient servir de moyen indépendant sur lequel fonder un examen en vertu de la *Charte* étant donné que le fugitif n'avait été accusé d'aucun crime au Canada. [. . .] Toute autre interprétation accorderait à l'article un effet extraterritorial . . .

Harrer essaie de contourner les limites nationales de la *Charte* en soutenant que la violation de l'al. 10(b) est survenue lors de la présentation de la preuve au procès. D'après elle, le juge du procès se trouvait non pas à appliquer l'al. 10(b) de la *Charte* aux événements survenus aux États-Unis, mais plutôt à l'appliquer au Canada pour évaluer ces événements. Je ne puis retenir cet argument. Le droit à l'assistance d'un avocat est accordé «en cas d'arrestation ou de détention». Par conséquent, il se rapporte au moment de l'arrestation ou de la détention, et non pas à celui où la preuve est

per Krever J.A. Harrer's subsidiary points — that the *Charter* should be applied in a purposive manner, that the admission of evidence is governed by the law of the trial forum, that s. 24(2) of the *Charter* should be applied broadly, and that *Kindler* can be distinguished because it is an extradition case — do not meet the fundamental fact that to hold that the American officers breached Harrer's *Charter* rights on arrest is to apply the *Charter* outside the scope of s. 32, something no court can do.

admise au procès: *R. c. Shafie* (1989), 47 C.C.C. 27 (C.A. Ont.), à la p. 34, le juge Krever. Les arguments subsidiaires de Harrer — à savoir que la *Charte* devrait s'appliquer en fonction de l'objet visé, que l'admission de la preuve est régie par la loi du tribunal saisi, que le par. 24(2) de la *Charte* devrait s'appliquer de façon générale et qu'une distinction peut être faite d'avec l'arrêt *Kindler* parce qu'il s'agit d'une affaire d'extradition — ne concordent pas avec le fait fondamental que conclure que les officiers de police américains ont, au moment de l'arrestation de Harrer, violé les droits que la *Charte* lui garantissait revient à étendre l'application de la *Charte* au-delà de la portée de l'art. 32, ce qu'aucun tribunal ne peut faire.

37

Harrer also argues that the *Charter* applied to the American officers because they were agents of the Canadian officers and hence bound by the *Charter*. This is largely a question of fact. This is an appeal as of right, on questions of law alone. Accordingly, the issue of agency is not properly before us and I offer no further comment on it.

Harrer soutient également que la *Charte* s'appliquait aux officiers de police américains parce qu'ils étaient les mandataires des policiers canadiens et étaient donc liés par la *Charte*. Il s'agit là surtout d'une question de fait. Le présent pourvoi est formé de plein droit relativement à des questions de droit seulement. Par conséquent, nous ne sommes pas régulièrement saisis de la question du mandat, et je ne ferai aucune autre remarque à ce sujet.

2. Do the Principles of Fundamental Justice and the Right to a Fair Trial Permit Exclusion of the Evidence Obtained Outside Canada?

2. Les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable permettent-ils d'exclure les éléments de preuve obtenus à l'extérieur du Canada?

38

The appellant argues in the alternative that even in the absence of a *Charter* breach in gathering the evidence, her second statement is not admissible against her at her trial in Canada. Her first submission is that admission of the statement would violate her right to silence or the right against self-incrimination contrary to s. 7 of the *Charter*. This submission cannot succeed. The law accords to suspects the right not to incriminate themselves if they so choose. It does not require exclusion of self-incriminatory statements voluntarily made. The statement was voluntary and admissible under the confessions rule as interpreted by this Court in the context of s. 7 in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151.

L'appelante fait valoir subsidiairement que, même si aucune violation de la *Charte* n'a été commise en recueillant les éléments de preuve, sa deuxième déclaration n'est pas admissible contre elle à son procès au Canada. Elle soutient d'abord que l'utilisation de la déclaration violerait son droit de garder le silence ou son droit de ne pas s'incriminer, contrairement à l'art. 7 de la *Charte*. Cet argument ne saurait être retenu. La loi accorde aux suspects le droit de ne pas s'incriminer, à leur choix. Cela n'exige pas l'exclusion des déclarations incriminantes faites volontairement. La déclaration a été faite volontairement et était admissible en vertu de la règle des confessions selon l'interprétation que notre Cour lui a donnée dans le contexte de l'art. 7 dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

This leaves the argument that the conduct of the American police prior to the taking of the statement requires its exclusion from evidence to preserve a fair trial in Canada. The argument is simply put. Every person charged in Canada has a right to a fair trial. The Canadian courts are bound to provide this fair trial, and to this end may exclude evidence which would render a trial unfair. Admission of Harrer's second statement would render her trial unfair. Therefore the trial judge correctly excluded it.

The first premise of this argument does not permit of dissent. Every person tried in Canada is entitled to a fair trial. The right to a fair trial is the foundation upon which our criminal justice system rests. It can neither be denied nor compromised. The common law has for centuries proclaimed it, and the Canadian *Charter* confirms it. Section 11(d) provides that "Any person charged with an offence has the right . . . to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal". The right to a fair trial is also a "principle of fundamental justice" which s. 7 of the *Charter* requires to be observed where the liberty of the subject is at stake: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

The second premise of the argument, that judges have the power to exclude evidence where its admission would render the trial unfair, while less obvious, is readily resolved. At common law, a trial judge has a discretion to exclude evidence "if the strict rules of admissibility would operate unfairly against the accused": *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197, at p. 204, per Lord Goddard. Similarly, in Canada, the discretion allows exclusion of evidence that "would undermine the right to a fair trial": *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692, per Dickson C.J., Beetz and Lamer JJ. concurring, at pp. 736-37, per La Forest J. (dissenting), considering s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. This principle permits the exclusion of evidence the probative value of

Reste l'argument selon lequel la conduite adoptée par les policiers américains, avant de recueillir la déclaration, fait en sorte que cette dernière doit être écartée si on veut préserver l'équité du procès tenu au Canada. L'argument est simple. Toute personne inculpée au Canada a droit à un procès équitable. Les tribunaux canadiens doivent tenir un tel procès et ils peuvent, à cette fin, écarter des éléments de preuve qui le rendraient inéquitable. L'utilisation de la deuxième déclaration de Harrer rendrait son procès inéquitable. Le juge du procès a donc eu raison de l'écartier.

La première prémisse de cet argument ne permet pas de dissidence. Toute personne jugée au Canada a droit à un procès équitable. Ce droit constitue le fondement même de notre système de justice criminelle. On ne peut ni en refuser ni en compromettre l'exercice. La common law le proclame depuis des siècles et la *Charte* canadienne vient le confirmer. L'alinéa 11d) prévoit que «Tout inculpé a le droit [. . .] d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à la suite d'un procès public et équitable». Le droit à un procès équitable est également un «principe de justice fondamentale» qui, selon l'art. 7 de la *Charte*, doit être respecté lorsque la liberté du titulaire est en jeu: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 603; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

Même si elle est moins évidente, il est facile de répondre à la deuxième prémisse de l'argument, selon laquelle les juges ont le pouvoir d'écartier des éléments de preuve lorsque leur utilisation rendrait le procès inéquitable. En common law, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'écartier des éléments de preuve [TRADUCTION] «si les règles strictes de l'admissibilité devaient jouer de façon injuste contre l'accusé»: *Kuruma c. The Queen*, [1955] A.C. 197, à la p. 204, lord Goddard. De même, au Canada, le pouvoir discrétionnaire permet d'écartier une preuve qui «minerait [le] droit à un procès équitable»: *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 692, le juge en chef Dickson, avec l'appui des juges Beetz et Lamer, aux pp. 736 et 737, le juge La Forest (dissident), examinant

39

40

41

which is outweighed by its prejudicial effect: *Seaboyer, supra*, at pp. 609-11; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 531. Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 401, conclude that “[i]t seems uncontroversial that if the admission of certain evidence would adversely affect the fairness of an accused’s trial, the evidence ought to be excluded”.

l’art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10. Ce principe permet d’écarter des éléments de preuve dont l’effet préjudiciable l’emporte sur la valeur probante: *Seaboyer*, précité, aux pp. 609 à 611; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, à la p. 531. Dans l’ouvrage intitulé *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 401, les auteurs Sopinka, Lederman et Bryant concluent qu’[TRANSDUCTION] «[i]l semble incontestable que, si l’utilisation de certains éléments de preuve compromettrait l’équité du procès d’un accusé, il faudrait les écarter».

42 In addition to the common law exclusionary power, the *Charter* guarantees the right to a fair trial (s. 11(d)) and provides new remedies for breaches of the legal rights accorded to an accused person. Evidence obtained in breach of the *Charter* may only be excluded under s. 24(2): *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. Evidence not obtained in breach of the *Charter* but the admission of which may undermine the right to a fair trial may be excluded under s. 24(1), which provides for “such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances” for *Charter* breaches. Section 24(1) applies to prospective breaches, although its wording refers to “infringe” and “deny” in the past tense: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. It follows that s. 24(1) permits a court to exclude evidence which has not been obtained in violation of the *Charter*, but which would render the trial unfair contrary to s. 11(d) of the *Charter*.

Outre le pouvoir d’exclusion reconnu par la common law, la *Charte* garantit le droit à un procès équitable (al. 11d)) et prévoit de nouveaux recours en cas d’atteinte aux garanties juridiques accordées à un accusé. La preuve obtenue en violation de la *Charte* ne peut être écartée qu’en vertu du par. 24(2): *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613. La preuve qui n’a pas été obtenue en violation de la *Charte* mais dont l’utilisation est susceptible de miner le droit à un procès équitable peut être écartée conformément au par. 24(1), qui prévoit l’obtention de la «réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances» en cas de violation de la *Charte*. Le paragraphe 24(1) s’applique aux violations éventuelles, même si son texte parle au passé de «violation» et de «négaration»: *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. Il s’ensuit que le par. 24(1) permet au tribunal d’écarter des éléments de preuve qui n’ont pas été obtenus en violation de la *Charte*, mais qui rendraient le procès inéquitable, contrairement à l’al. 11d) de la *Charte*.

43 I conclude that a judge may exclude evidence which was not obtained by *Charter* breach but which would render the trial unfair either at common law or under s. 24(1) of the *Charter*. The debate thus shifts to the third premise of the appellant’s argument — that to admit Harrer’s second statement would render the trial unfair.

Je conclus qu’un juge peut écarter des éléments de preuve qui n’ont pas été obtenus en violation de la *Charte* mais qui rendraient le procès inéquitable au sens de la common law ou du par. 24(1) de la *Charte*. Je passe donc à la troisième prémisse de l’argument de l’appelante, voulant que l’utilisation de la deuxième déclaration de Harrer rendrait le procès inéquitable.

44 Whether a particular piece of evidence would render a trial unfair is often a matter of some difficulty. A distinction must be made at the outset between unfairness in the way a statement was

Il est souvent difficile de savoir si un élément de preuve particulier rendrait un procès inéquitable. Il faut d’abord établir une distinction entre l’iniquité dans la manière dont une déclaration a été obtenue

obtained and an unfair process or trial. The situation in which police take evidence is complex. Even where every effort is made to comply with the law, aspects of the process may, in hindsight, be argued to have been less than fair. Sometimes the unfairness is minor or rendered insignificant by other developments (for example, that the police would probably have obtained the evidence anyway) or by other aspects of the case (for example, that the accused waived or acquiesced in the unfairness). Sometimes the unfairness is more serious. The point is simply this: unfairness in the way evidence is taken may affect the fairness of the admission of that evidence at trial, but does not necessarily do so. This is true for *Charter* breaches; not every breach of the *Charter* creates an unfairness at trial which requires exclusion of the evidence thereby obtained: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 284. It must also be true for irregularities that do not constitute *Charter* breaches.

At base, a fair trial is a trial that appears fair, both from the perspective of the accused and the perspective of the community. A fair trial must not be confused with the most advantageous trial possible from the accused's point of view: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362, *per* La Forest J. Nor must it be conflated with the perfect trial; in the real world, perfection is seldom attained. A fair trial is one which satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness to the accused.

Evidence may render a trial unfair for a variety of reasons. The way in which it was taken may render it unreliable. Its potential for misleading the trier of fact may outweigh such minimal value it might possess. Again, the police may have acted in such an abusive fashion that the court concludes the admission of the evidence would irremediably taint the fairness of the trial itself. In the case at bar, police abuse or unfairness is the only ground

et un processus ou procès inéquitable. Les conditions dans lesquelles les policiers recueillent des éléments de preuve sont complexes. Même lorsque tous les efforts sont faits pour respecter la loi, il est possible de soutenir rétrospectivement que certains aspects du processus étaient loin d'être équitables. Parfois, l'iniquité est mineure ou atténuée par d'autres événements (comme, par exemple, le fait que les policiers auraient probablement obtenu les éléments de preuve de toute façon) ou d'autres aspects de l'affaire (comme, par exemple, le fait que l'accusé ait renoncé ou acquiescé à l'iniquité). Parfois l'iniquité est plus grave. Il reste simplement que l'iniquité dans la façon dont les éléments de preuve sont recueillis peut compromettre l'équité de l'utilisation de ces éléments de preuve au procès, sans nécessairement le faire. Cela est vrai dans le cas de violations de la *Charte*; ce ne sont pas toutes les violations de la *Charte* qui engendrent, au procès, une iniquité qui exige l'exclusion des éléments de preuve ainsi obtenus: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 284. Ce doit être vrai également dans le cas d'irrégularités qui ne constituent pas des violations de la *Charte*.

Au départ, un procès équitable est un procès qui paraît équitable, tant du point de vue de l'accusé que de celui de la collectivité. Il ne faut pas confondre un procès équitable avec le procès le plus avantageux possible du point de vue de l'accusé: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362, le juge La Forest. Il ne faut pas l'assimiler non plus au procès parfait; dans la réalité, la perfection est rarement atteinte. Le procès équitable est celui qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé.

Une preuve peut rendre un procès inéquitable pour diverses raisons. La façon dont elle a été recueillie peut faire en sorte qu'elle n'est pas fiable. La possibilité qu'elle induise en erreur le juge des faits peut l'emporter sur la valeur minimale qu'elle pourrait avoir. Encore une fois, les policiers peuvent avoir agi de façon si abusive que le tribunal conclut que l'utilisation de la preuve compromettrait irrémédiablement l'équité du procès comme tel. En l'espèce, la conduite abusive ou

45

46

raised, and hence the only one with which we need concern ourselves.

inéquitable des policiers est le seul moyen soulevé et, par conséquent, le seul dont nous devons nous préoccuper.

47 Harrer agrees that the American authorities complied fully with American law with respect to the second statement. As we have seen, they also complied with the requirements for the admissibility of confessions at common law and under s. 7 of the *Charter*. Her argument reduces to a claim that the failure of the American police to comply with the second warning requirement of the Canadian *Charter* means that to use the statement would render the trial unfair. If the statement had been taken in Canada, it would have been excluded. The result should be the same if it was taken abroad, she argues.

Harrer reconnaît que les autorités américaines ont respecté entièrement la loi américaine en ce qui concerne la deuxième déclaration. Comme nous l'avons vu, ils se sont également conformés aux exigences relatives à l'admissibilité des confessions en common law et en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Son argument revient à prétendre que l'omission des policiers américains de se conformer à l'exigence de deuxième mise en garde, contenue dans la *Charte* canadienne, signifie que l'utilisation de la déclaration rendrait le procès inéquitable. Si la déclaration avait été recueillie au Canada, elle aurait été écartée. Il devrait en être de même si elle a été recueillie à l'étranger, soutient-elle.

48 The question is whether the failure of the foreign police to comply with the procedures required under the *Charter* in Canada so taints the evidence that its admission would result in an unfair trial. In my view, it does not. This is because the police conduct of which Harrer complains was, viewed in all the circumstances of this case, including the expectations of Harrer in the place where the evidence was taken, neither unfair or abusive. Since the police conduct was not unfair, it follows necessarily that its admission cannot render the trial unfair.

La question est de savoir si l'omission des policiers étrangers de se conformer aux procédures requises en vertu de la *Charte* au Canada vicie les éléments de preuve au point que leur utilisation rendrait le procès inéquitable. J'estime que non et ceci, parce que le comportement des policiers dont se plaint Harrer n'était ni inéquitable ni abusif compte tenu de toutes les circonstances de la présente affaire, y compris les attentes de Harrer là où les éléments de preuve ont été recueillis. Comme le comportement des policiers n'était pas inéquitable, il s'ensuit nécessairement que l'utilisation des éléments de preuve ne saurait rendre le procès inéquitable.

49 The fact that the statement might not have been admissible had it been taken in Canada does not mean that its admission will render Harrer's trial unfair. The reason for exclusion of a statement taken in Canada in violation of the *Charter* is the unfairness of prosecuting the accused "with evidence created by the accused himself in circumstances in which the evidence would not have come into existence but for the state's failure to accord the accused a constitutionally protected right" (emphasis added): Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 402. The unfairness arises in large part from the accused's expectation that the police in Canada will comply with Canadian law.

Le fait que la déclaration n'aurait peut-être pas été admissible si elle avait été recueillie au Canada ne signifie pas que son utilisation rendra le procès de Harrer inéquitable. La raison d'exclure une déclaration recueillie au Canada en violation de la *Charte* est qu'il ne serait pas juste de poursuivre l'accusé [TRANSDUCTION] «au moyen d'une preuve créée par l'accusé lui-même dans des circonstances où la preuve n'aurait pas été obtenue n'eût été l'omission de l'État de permettre à l'accusé d'exercer un droit garanti par la Constitution» (je souligne): Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 402. L'injustice découle en grande partie du fait que l'accusé s'attend à ce que les policiers cana-

Where the statement is taken abroad, the expectation is otherwise.

Harrer, when in the United States, must be taken to bound by the law of the United States. Not only does the person outside Canada not enjoy the protections of the *Charter*, he or she must be taken to have accepted the procedures in place in the foreign jurisdiction, provided that they fall within the range of procedures generally accepted in free and democratic countries. Where the evidence has been obtained in conformity with the law of another country, concerns about unfairness are attenuated by the fact that the accused has submitted to the foreign jurisdiction and must be taken to have accepted the law of that jurisdiction. In Canada, every person has the right to expect that the authorities will comply with the *Charter*; outside Canada, their right is to be treated in accordance with the laws of the foreign country in question: *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1049, *per* La Forest J. Travellers to foreign countries must observe the laws of that country, and must accept that it is the laws and procedures of that country which will govern their existence there. Travellers to foreign countries must also be taken to know that law officers in different countries cooperate with each other, that extradition treaties exist, and that evidence taken in one state may be used in another. When these circumstances are taken into account, the alleged unfairness of the way Harrer was treated disappears.

It may be that the procedures accepted in the foreign country fall so short of Canadian standards that the judge concludes that notwithstanding the suspect's submission to the law of the foreign jurisdiction, to admit the evidence would be so grossly unfair as to repudiate the values underlying our trial system and condone procedures which are anathema to the Canadian conscience. Or it may be that the law of the foreign jurisdiction has been abused by the authorities, again rendering it unfair to receive the evidence. But in most cases of evi-

diens respectent la loi canadienne. Lorsque la déclaration est recueillie à l'étranger, les attentes ne sont pas les mêmes.

Harrer, lorsqu'elle se trouve aux États-Unis, doit être considérée comme étant régie par la loi américaine. Non seulement la personne qui se trouve à l'extérieur du Canada ne jouit pas des protections de la *Charte*, mais encore elle doit être considérée comme ayant accepté les procédures en vigueur dans le pays étranger, pourvu qu'elles entrent dans la catégorie des procédures généralement acceptées dans les pays libres et démocratiques. Lorsque les éléments de preuve ont été obtenus conformément à la loi d'un autre pays, les préoccupations relatives à l'iniquité sont atténuées par le fait que l'accusé s'est soumis au ressort étranger et doit être considéré comme ayant accepté la loi de ce ressort. Au Canada, toute personne a le droit de s'attendre à ce que les autorités se conforment à la *Charte*; à l'extérieur du Canada, son droit est d'être traité en conformité avec les lois du pays étranger en question: *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, à la p. 1049, le juge La Forest. Les personnes qui voyagent dans un pays étranger doivent observer les lois de ce pays et reconnaître que ce sont ses lois et ses procédures qui y régiront leur existence. Les voyageurs en pays étranger sont également censés savoir que les officiers de police de divers pays coopèrent les uns avec les autres, qu'il existe des traités d'extradition et que les éléments de preuve recueillis dans un pays peuvent être utilisés dans un autre. Lorsque ces circonstances sont prises en considération, la prétendue iniquité dans la façon dont Harrer a été traitée disparaît.

Il se peut que les procédures admises dans le pays étranger s'éloignent tellement des normes canadiennes que le juge conclue que, même si le suspect était soumis à la loi étrangère, utiliser les éléments de preuve constituerait une injustice criante au point de rejeter les valeurs qui sous-tendent notre système judiciaire et de tolérer des procédures qui sont totalement condamnées au Canada. Ou encore, il se peut que la loi étrangère ait été appliquée de façon abusive par les autorités, ce qui, encore une fois, rendrait inéquitable l'utili-

dence taken abroad in conformity to laws generally recognized as just, mere dissimilarity between the foreign legal rules and those required by the *Charter* does not establish that admission of the evidence would render the trial unfair.

52 Harrer's second statement did not come into existence upon a denial of a constitutionally protected right, as no equivalent right exists in the United States. Moreover, the deviation from Canadian procedures was not at the most serious end of the scale. Harrer was advised of her right to counsel at the outset of the interview. The requirements of the American law, based on the same values that actuate the Canadian law, were fully complied with. Harrer, in leaving Canada for the U.S., must be taken to have attorned to its law and procedures. She can hardly complain of unfairness if those procedures, generally considered to be fair by standards in the free and democratic world, were fully followed.

53 The other reason asserted for exclusion of such a statement taken in Canada, is that the suspect has been unable to make a fully informed choice about whether to make a statement or retain counsel. This, it is said, constitutes unfair treatment of the accused which in turn would render the trial unfair were the statement admitted. In *Black and Evans*, this reasoning was accepted. But it was premised on the right of a suspect under the *Charter* to be informed of the full extent of his or her jeopardy, before electing whether or not to consult with counsel.

54 As Wilson J. points out in *Black*, at pp. 152-53, s. 10(b) must be read interactively with s. 10(a). The obligation to give a second warning is related to the requirement of s. 10(a) that a detained person "be informed promptly of the reasons therefor" (emphasis added):

sation des éléments de preuve. Toutefois, dans la plupart des cas où des éléments de preuve sont recueillis à l'étranger en conformité avec des lois généralement reconnues comme justes, le simple fait qu'il y ait une différence entre les règles juridiques étrangères et celles prescrites par la *Charte* ne prouve pas que l'utilisation des éléments de preuve rendrait le procès inéquitable.

La deuxième déclaration de Harrer ne résultait pas de la privation d'un droit garanti par la Constitution, car aucun droit équivalent n'existe aux États-Unis. En outre, la dérogation aux procédures canadiennes n'était pas des plus graves. Harrer a été informée de son droit à l'assistance d'un avocat au début de l'interrogatoire. Les exigences de la loi américaine, qui se fonde sur les mêmes valeurs que celles qui sous-tendent la loi canadienne, ont été pleinement respectées. Harrer, en quittant le Canada pour se rendre aux États-Unis, doit être considérée comme s'étant soumise aux lois et aux procédures de ce pays. Elle ne peut guère se plaindre d'iniquité si ces procédures, généralement considérées comme justes selon les normes du monde libre et démocratique, ont été suivies parfaitement.

L'autre raison avancée pour exclure une telle déclaration recueillie au Canada est que le suspect a été incapable de faire un choix entièrement éclairé quant à savoir s'il ferait une déclaration ou retiendrait les services d'un avocat. Cela, dit-on, constitue un traitement injuste pour l'accusé, lequel traitement rendrait, à son tour, le procès inéquitable si la déclaration était admise. Dans les arrêts *Black et Evans*, on a accepté ce raisonnement. Toutefois, il était fondé sur le droit que la *Charte* garantit à un suspect d'être informé de l'ampleur du risque qu'il court avant de choisir de consulter ou non un avocat.

Comme le juge Wilson le mentionne dans l'arrêt *Black*, aux pp. 152 et 153, les al. 10(b) et 10(a) doivent être interprétés d'une manière interactive. L'obligation de faire une deuxième mise en garde est liée à l'exigence, prévue à l'al. 10(a), qu'une personne détenue soit «informé[e] dans les plus brefs délais des motifs de [. . .] sa détention» (je souligne):

Moreover, s. 10(b) should not be read in isolation. Its ambit must be considered in light of s. 10(a). Section 10(a) requires the police to advise an individual who is arrested or detained of the reasons for such arrest or detention. The rights accruing to a person under s. 10(b) arise because he or she has been arrested or detained for a particular reason. An individual can only exercise his s. 10(b) right in a meaningful way if he knows the extent of his jeopardy.

The need for a second warning when the focus of the interrogation changes seems to arise from the interaction within the Canadian *Charter* of the right to counsel and the requirement that a detained person be informed of the specific reason for the detention. When a suspect leaves Canada, that person does not take these rights with him or her. Harrer's rights in the United States, while ample, did not include being informed of a change in the reason for detention, and a second warning when the reason for the detention changed. Having attorned to the law of the United States, Harrer cannot complain that the right which ss. 10(a) and (b) confer on persons detained in Canada was not respected.

This is sufficient to dispose of the appellant's contention that reception of the evidence would render her trial unfair. I wish to add that there are important reasons why Canadian courts should not automatically reject evidence taken abroad because foreign police forces have not met every requirement that might have prevailed in Canada. While certain basic standards are common to free and democratic societies, particular procedural requirements may vary. It is reasonable to expect of police forces abroad that they meet basic standards of fairness. It is not reasonable to expect them to comply with details of Canadian law. To insist on conformity to Canadian law would be to insist on external application of the *Charter* in preference to the local law. It would render prosecution of offences with international aspects difficult if not impossible. And it would undermine the ethic of reciprocity which underlies international efforts to control trans-border crime: *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 551, *per* La Forest J. We live in an era when people, goods and information

De plus, il ne faut pas interpréter l'al. 10b) de façon isolée. Sa portée doit être examinée à la lumière de l'al. 10a). L'alinéa 10a) oblige les policiers à aviser une personne arrêtée ou détenue des motifs de cette arrestation ou de cette détention. Les droits que l'al. 10b) confère à une personne découlent du fait que cette personne est arrêtée ou détenue pour un motif particulier. Une personne ne peut valablement exercer le droit que lui garantit l'al. 10b) que si elle connaît l'ampleur du risque qu'elle court.

Le besoin de faire une deuxième mise en garde lorsque l'interrogatoire change d'orientation semble découler de l'interaction, dans la *Charte* canadienne, du droit à l'assistance d'un avocat et de l'exigence qu'une personne détenue soit informée du motif précis de sa détention. Lorsqu'un suspect quitte le Canada, il n'emporte pas ces droits avec lui. Quoique nombreux, les droits que possédait Harrer aux États-Unis n'incluaient pas celui d'être informée d'un changement de motif de détention, ni celui à une deuxième mise en garde lors du changement de motif de détention. Comme elle s'est soumise à la loi des États-Unis, Harrer ne peut pas se plaindre du non-respect du droit que les al. 10a) et 10b) confèrent aux personnes détenues au Canada.

Cela suffit pour rejeter la prétention de l'appelante selon laquelle l'utilisation de la preuve rendrait son procès inéquitable. Je tiens à ajouter qu'il y a de sérieuses raisons pour lesquelles les tribunaux canadiens ne devraient pas rejeter automatiquement les éléments de preuve recueillis à l'étranger, pour le motif que les forces policières du pays étranger n'ont pas satisfait à toutes les exigences qui auraient pu exister au Canada. Bien que certaines normes fondamentales soient communes aux sociétés libres et démocratiques, les exigences particulières peuvent varier en matière de procédure. Il est raisonnable de s'attendre à ce que les forces policières d'un pays étranger respectent les normes fondamentales d'équité. Il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce qu'elles se conforment aux particularités de la loi canadienne. Insister sur la conformité à la loi canadienne reviendrait à insister pour que la *Charte* soit appliquée dans ce pays étranger de préférence à la loi nationale. Cela rendrait difficile, voire impossible, la poursuite des infractions qui revêtent des aspects internationaux.

pass from country to country with great rapidity. Law enforcement authorities, if they are to do their job, must apprehend people and intercept goods and communications wherever they may be found. Often they find themselves working with officers in foreign jurisdictions; often they are merely the recipients of information gathered independently elsewhere. The result is evidence gathered by rules which may differ from Canadian rules. We need to accommodate the reality that different countries apply different rules to evidence gathering, rules which must be respected in some measure if we are to retain the ability to prosecute those whose crime and travel take them beyond our borders. To insist on exact compliance with Canadian rules would be to insist universally on Canadian standard of procedures which, in the real world, may seldom be attained — an insistence which would make prosecution of many offences difficult, if not impossible.

Conclusion

⁵⁶ I conclude that the trial judge erred in excluding the second statement. I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Smart & Williams, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener Robert Scott Terry: Charles Lugosi, Prince George.

Et cela minerait l'éthique de réciprocité qui sous-tend les efforts internationaux de lutte contre la criminalité transnationale: *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 551, le juge La Forest. Nous vivons à une époque où les personnes, les biens et l'information circulent d'un pays à l'autre très rapidement. Les autorités chargées d'appliquer la loi doivent, pour faire leur travail, arrêter des personnes et intercepter des biens et des communications là où ils se trouvent. Souvent elles travaillent avec des agents de police dans des pays étrangers; souvent elles ne sont que les destinataires de renseignements recueillis ailleurs de façon indépendante. On obtient alors des éléments de preuve recueillis selon des règles qui peuvent différer de celles en vigueur au Canada. Nous devons composer avec le fait que des pays différents appliquent des règles différentes à la collecte des éléments de preuve, lesquelles règles doivent être respectées dans une certaine mesure si nous devons conserver la capacité de poursuivre ceux que les crimes et les voyages emmènent au-delà de nos frontières. Insister sur le respect intégral des règles canadiennes reviendrait à insister sur l'application universelle d'un modèle canadien de procédures, ce qui, dans la réalité, peut rarement se faire — insistance qui rendrait difficile, voire impossible, la poursuite de nombreuses infractions.

Conclusion

Je conclus que le juge du procès a commis une erreur en écartant la deuxième déclaration. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Smart & Williams, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant Robert Scott Terry: Charles Lugosi, Prince George.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case 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, 1995 Vol. 3

and Tables

Cited as [1995] 3 S.C.R. { i-xxxv
593-799

4^e cahier, 1995 Vol. 3

et Tables

Renvoi [1995] 3 R.C.S. { i-xxxv
593-799

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	ix
Table of Cases Cited.....	xiii
Statutes and Regulations Cited.....	xxv
Authors Cited.....	xxix
Index.....	801

Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)..... 593

Immigration — Convention refugee — Well-founded fear of persecution because of membership in particular social group

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1996.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xi
Table de la jurisprudence.....	xiii
Lois et règlements cités.....	xxvii
Doctrine citée.....	xxix
Index.....	805

Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)..... 593

Immigration — Réfugié au sens de la Convention — Crainte fondée de persécution du fait de l'appartenance à un groupe

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

or political opinion — Likelihood of forced sterilization following breach of China's one-child policy — Confession as to involvement in pro-democracy movement — Whether or not appellant had well-founded fear of persecution for reasons of membership in a particular social group (his family) or political opinion — Whether or not sterilization a form of "persecution" within the meaning of s. 2(1)(a) of the Immigration Act — Whether or not persons facing forced sterilization members of a "particular social group" — Whether or not persons refusing forced sterilization expressing a "political opinion" — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee", (a)(i), (ii), (b), 3(g), 19(1)(c).

Large v. Stratford (City)..... 733

Civil rights — Discrimination on basis of age — Mandatory retirement — Police officer — Defence of *bona fide* occupational requirement — Board of Inquiry finding that mandatory retirement at age 60 for police officers not a *bona fide* occupational requirement — Whether Board properly applied subjective and objective tests for a *bona fide* occupational requirement — Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, s. 4(6).

R. v. U. (F.J.)..... 764

Criminal law — Evidence — Prior inconsistent statements — Admissibility — Accused and complainant making separate statements containing similarities to police — Accused and complainant recanting at trial — Whether trial judge erred in inviting jury to compare complainant's prior inconsistent statement with accused's statement to police in determining if prosecution had established guilt.

ter Neuzen v. Korn..... 674

Torts — Negligence — Physicians and surgeons — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether physician could be found negligent notwithstanding conformity with standard medical practice — Whether trial judge erred in instructing jury that prevailing standard of practice could itself be found to be negligent.

Contracts — Sale of goods — Implied conditions — Implied warranty — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether implied conditions under Sale of Goods Act applicable — Whether implied warranty exists at common law that semen would be of merchantable quality and fit for its purpose — Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370.

Damages — Non-pecuniary damages — Limit — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether trial judge erred in failing to charge jury on rough upper limit on non-pecuniary damages — If not, whether damages awarded for non-pecuniary loss ought to be adjusted accordingly.

SOMMAIRE (Suite)

social ou des opinions politiques — Risque probable de stérilisation forcée par suite de la violation de la politique chinoise de l'enfant unique — Confession concernant la participation au mouvement pro-démocratique — L'appelant craint-il avec raison d'être persécuté du fait de son appartenance à un groupe social (sa famille) ou de ses opinions politiques? — La stérilisation est-elle une forme de «persécution» au sens de l'art. 2(1)a) de la Loi sur l'immigration? — Les personnes qui risquent d'être stérilisées de force font-elles partie d'un «groupe social»? — Les personnes qui refusent de subir la stérilisation forcée expriment-elles une «opinion politique»? — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention», a)(i), (ii), b), 3g), 19(1)c).

Large c. Stratford (Ville)..... 733

Libertés publiques — Discrimination fondée sur l'âge — Retraite obligatoire — Policier — Défense fondée sur une exigence professionnelle normale — Conclusion de la commission d'enquête que la retraite obligatoire à 60 ans pour les policiers ne constitue pas une exigence professionnelle normale — La commission d'enquête a-t-elle appliqué correctement les critères subjectif et objectif relatifs à une exigence professionnelle normale? — Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, ch. 340, art. 4(6).

R. c. U. (F.J.)..... 764

Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Admissibilité — Déclarations distinctes comportant des similitudes faites à la police par l'accusé et la plaignante — Rétractation de l'accusé et de la plaignante au procès — Le juge du procès a-t-il eu tort d'inviter le jury à comparer la déclaration antérieure incompatible de la plaignante avec la déclaration faite par l'accusé à la police pour déterminer si la poursuite avait établi la culpabilité?

ter Neuzen c. Korn..... 674

Responsabilité délictuelle — Négligence — Médecins et chirurgiens — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Le médecin peut-il être taxé de négligence même s'il a respecté la pratique courante? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en informant le jury qu'il pouvait conclure que la pratique courante constituait en soi de la négligence?

Contrats — Vente d'objets — Conditions implicites — Garantie implicite — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Les conditions implicites visées par la Sale of Goods Act sont-elles applicables? — Existe-t-il en common law une garantie implicite que le sperme sera de qualité marchande et adapté à l'usage auquel il est destiné? — Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370.

Domages-intérêts — Domages-intérêts non pécuniaires — Plafond — Patient soumise à une insémination artificielle

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur lorsqu'il a omis de parler du plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires dans son exposé au jury? — Dans la négative, y a-t-il lieu d'ajuster le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte non pécuniaire?



1995 Volume 3

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Liliane Baribeau
Christian C.-Després

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secretaries
Suzanne Giguère
Ingrid Loyola-Nazareth

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, Recueil
Odile Calder

Arrétistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Liliane Baribeau
Christian C.-Després

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secrétaires
Suzanne Giguère
Ingrid Loyola-Nazareth

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

ERRATA

- [1980] 2 S.C.R. p. 397, third paragraph, line 7 of the English version. Read "s. 92(14)" instead of "s. 91(24)".
- [1980] 2 S.C.R. p. 397, third paragraph, line 7 of the French version. Read "par. 92(14)" instead of "par. 91(24)".
- [1993] 2 S.C.R. p. 84, line *d*-5 of the French version. Read "je comprends" instead of "je comprend".
- [1994] 2 S.C.R. p. 590, line *g*-2 of the French version. Read "Quant aux décisions" instead of "Quand aux décisions".
- [1995] 2 S.C.R. p. 737. The last line of the French paragraph beginning with the words "POURVOI et POURVOI INCIDENT" read "Pourvoi rejeté" instead of "Pourvoi accueilli".
- [1980] 2 R.C.S. p. 397, 3^e paragraphe, ligne 7 de la version anglaise. Lire «s. 92(14)» au lieu de «s. 91(24)».
- [1980] 2 R.C.S. p. 397, 3^e paragraphe, ligne 7 de la version française. Lire «par. 92(14)» au lieu de «par. 91(24)».
- [1993] 2 R.C.S. p. 84, ligne *d*-5 de la version française. Lire «je comprends» au lieu de «je comprend».
- [1994] 2 R.C.S. p. 590, ligne *g*-2 de la version française. Lire «Quant aux décisions» au lieu de «Quand aux décisions».
- [1995] 2 R.C.S. p. 737. À la dernière ligne du paragraphe français qui débute avec les mots «POURVOI et POURVOI INCIDENT» lire «Pourvoi rejeté» au lieu de «Pourvoi accueilli».

MOTIONS — REQUÊTES
(August 1 to September 30, 1995 — 1^{er} août au 30 septembre 1995)

- 69971 Manitoba Ltd. v. National Bank of Canada* (Man.), 24744, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alepin c. Alepin* (Qué.), 24795, leave to appeal refused, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Alta Surety Co. v. Arnoldin Construction and Forms Ltd.* (N.S.), 24644, leave to appeal refused with costs, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Antoniuk v. Western Heritable Investment Co. of Canada Ltd.* (Alta.), 24687, leave to appeal refused with costs, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 24646, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General for New Brunswick v. Morgentaler* (N.B.), 24623, leave to appeal refused with costs, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Azzolini v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24718, leave to appeal refused, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- B.C. Bancorp (formerly Bank of British Columbia) v. Hockin* (B.C.), 24754, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barrons v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 24717, leave to appeal refused, 7.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Beckei v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24657, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Bilinski c. Léon* (Qué.), 24696, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bissonnette c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24720, leave to appeal refused, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Blenkin v. Regina District Health Board* (Sask.), 24599, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Blue v. Ontario Hydro* (Ont.), 24393, leave to appeal refused with costs, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bossé v. Mastercraft Group Inc.* (Ont.), 24702, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- C.A.D. Ringrose Therapy Institute Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 24673, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canderel Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24663, leave to appeal refused with costs, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chan v. Cheung* (Alta.), 24527, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Charlebois c. Collège militaire royal de Saint-Jean* (Qué.), 24656, leave to appeal refused with costs, 31.08.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chetty v. Burlingham Associates Inc.* (Sask.), 24590, leave to appeal refused with costs, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Choudhury c. Viau* (Qué.), 24747, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clarke v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24583, leave to appeal refused, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Codina v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24597, leave to appeal refused, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Corporation d'assurance de personne La Laurentienne c. Ville de Québec* (Qué.), 24703, leave to appeal refused with costs, 7.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- County of Strathcona No. 20 v. Alberta Assessment Appeal Board* (Alta.), 24780, notice of discontinuance filed, 7.9.95, avis de désistement produit.
- Crossley v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24726, leave to appeal refused, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Dubé c. Bélec* (Qué.), 24759, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dubé c. Ville de Hull* (Qué.), 24760, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dubeau c. Gestion Jean-Paul Rickner Ltée* (Qué.), 24701, leave to appeal refused with costs, 7.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dubuc v. Workers Compensation Board of Manitoba* (Man.), 24569, leave to appeal refused with costs, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dundas v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 24591, leave to appeal refused with costs, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- E. A. Manning Ltd. v. Ontario Securities Commission* (Ont.), 24773, leave to appeal refused with costs, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Elgersma v. Minister of Agriculture for Canada* (F.C.A.)(Ont.), 24658, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Eltassi v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24679, leave to appeal refused, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Fabrikant c. The Queen* (Crim.)(Qué.), 24677, leave to appeal refused, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Farshid-Ghazi v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24561, leave to appeal refused, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Fontaine c. La Reine* (Qué.), 24734, leave to appeal refused, 7.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Gadoury c. Fortin* (Qué.), 24738, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Galuego (Leonardo) v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24580, leave to appeal refused, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Galuego (Rosario) v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24581, leave to appeal refused, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Gardner v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24678, leave to appeal refused, 7.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Glengarry Memorial Hospital v. Pay Equity Hearings Tribunal* (Ont.), 24757, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gramaglia v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24707, leave to appeal refused, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Haisman v. Haisman* (Alta.), 24589, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Hammani v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* (B.C.), 24708, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Holmes v. McGrath* (N.W.T.), 24730, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hunter v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24552, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.

- Kalmacoff v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.* (Ont.), 24758, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Klevering v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24619, leave to appeal refused, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Kopyto v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), 24723, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Langner v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 24740, leave to appeal refused with costs, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lavoie c. Procureur général du Québec* (Qué.), 24674, leave to appeal refused with costs, 7.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lewis v. Minister of Education for British Columbia* (B.C.), 24514, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Liotta v. Emery* (Ont.), 24697, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Litchfield v. Vanderkerkhove* (B.C.), 24630, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Luscar Ltd. v. Pembina Resources Ltd.* (Alta.), 24496, leave to appeal refused with costs, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- M.D.C. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24811, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- MacKinnon v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 24624, leave to appeal refused with costs, 7.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacNeil v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24665, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- McCabe v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24602, leave to appeal refused, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Ministry of Labour for the Province of Ontario, Employment Standards Branch v. Zittler, Siblin & Associates Inc.* (Ont.), 24711, notice of discontinuance filed, 30.8.95, avis de désistement produit.
- Morin v. Board of School Trustees of Regional Administration Unit No. 3* (P.E.I.), 24614, leave to appeal refused with costs, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Newfoundland Telephone Co. v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission* (F.C.A.)(Ont.), 24705, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nuosci v. Royal Canadian Mounted Police* (F.C.A.)(Ont.), 24689, leave to appeal refused with costs, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Painchaud v. Yorkton Securities Inc.* (Alta.), 24749, leave to appeal refused with costs, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Philippe c. Université de Montréal* (Qué.), 24807, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Prince Rupert Hotel (1957) Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 24755, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Gillis* (Crim.)(N.B.), 24621, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. in right of the province of British Columbia v. National Bank of Canada* (B.C.), 24509, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rees v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24578, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Reid v. Ontario Securities Commission* (Ont.), 24721, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rivard c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24746, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Rodrigue v. The Queen* (Crim.)(Yuk.), 24585, leave to appeal refused, 7.9.95, autorisation de pourvoi refusée.

- Rokanas v. Doe* (B.C.), 24727, leave to appeal refused with costs, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Bank of Canada v. Wilton* (Alta.), 24650, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Shephard v. Colchester Regional Hospital Commission* (N.S.), 24605, leave to appeal refused with costs, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smith v. Howe* (Alta.), 24593, leave to appeal refused with costs, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Snyder c. Canadian Newspaper Co.* (Qué.), 24739, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Société nationale de l'amiante c. Lab Chrysotile Inc.* (Qué.), 24731, leave to appeal refused with costs, 7.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Society for Manitobans with Disabilities Inc. v. The Queen in right of the province of Manitoba* (Man.), 24556, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Syndicat des employés du transport en public du Québec Métropolitain Inc. (CSN) c. Commission de transport de la communauté urbaine du Québec* (Qué.), 24672, leave to appeal refused with costs, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des travailleurs(euses) de l'Hôpital Louis-H.-Lafontaine (CSN) c. Lussier* (Qué.), 24670, leave to appeal refused with costs, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Taguchi v. Stuparyk* (Alta.), 24756, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Tetterington v. Wiens* (Alta.), 24662, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Town of Lac La Biche v. The Queen in right of Alberta* (Alta.), 24413, notice of discontinuance filed, 10.8.95, avis de désistement produit.
- Tremblay c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24804, leave to appeal refused, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Ukrainetz v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 24714, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Williams (Eric McDougall) v. Downey-Waterbury* (Man.), 24712, leave to appeal refused with costs, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Williams (Theophilus) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24783, leave to appeal refused, 21.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Wood v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24542, leave to appeal refused, 14.9.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Wright v. Westfair Foods Ltd.* (Alta.), 24598, leave to appeal refused with costs, 28.9.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zarbatany c. Ministre de la Justice du Canada* (Crim.)(Qué.), 24680, leave to appeal refused, 17.8.95, autorisation de pourvoi refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		G	
		G. (L.) v. B. (G.).....	367, 370
Amos v. Insurance Corp. of British Columbia....	405	H	
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Harrer, R. v.....	562
B		Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue	453
B. (G.), G. (L.) v.....	367, 370	I	
Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd....	3	Insurance Corp. of British Columbia, Amos v....	405
C		K	
Canada (Attorney General), RJR-MacDonald Inc. v.	199	Korn, ter Neuzen v.	674
Canada, Friesen v.....	103	L	
Canada (Minister of Employment and Immigration), Chan v.	593	Large v. Stratford (City).....	733
Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	593	M	
Cleghorn, R. v.....	175	Minister of National Revenue, Husky Oil Operations Ltd. v.....	453
Cohnstaedt v. University of Regina	451	Minister see also "Canada" or the name of province	
Commission see also "Canada" or the name of province		O	
D		O	
Droit de la famille—1783.....	370	Office see also "Canada" or the name of province	
F		O	
Friesen v. Canada.....	103	O	

	PAGE		PAGE
P		T	
Pontes, R. v.	44	ter Neuzen v. Korn	674
		The Queen see also "R."	
		Toronto Free Press Publications Ltd., Botiuk v.	3
Q		U	
Queen see also "R."		U. (F.J.), R. v.	764
		Union see also under abbreviated name	
		University of Regina, Cohnstaedt v.	451
R		W	
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	199	Wijesinha, R. v.	422
R. v. Cleghorn	175		
R. v. Harrer	562		
R. v. Pontes	44		
R. v. U. (F.J.)	764		
R. v. Wijesinha	422		
S			
Stratford (City), Large v.	733		

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	
Amos c. Insurance Corp. of British Columbia	405	Harrer, R. c.....	562
		Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national	453
B		I	
B. (G.), G. (L.) c.....	367, 370		
Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd....	3	Insurance Corp. of British Columbia, Amos c. ...	405
C		K	
Canada, Friesen, c.	103		
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c.	593	Korn, ter Neuzen c.....	674
Canada (Procureur général), RJR-MacDonald Inc. c.....	199	L	
Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	593	La Reine voir aussi «R.»	
Cleghorn, R. c.	175	Large c. Stratford (Ville)	733
Cohnstaedt c. Université de Regina	451	M	
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		Ministre du Revenu national, Husky Oil Opera- tions Ltd. c.	453
D		Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Droit de la famille—1783.....	370	O	
F		Office voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Friesen c. Canada	103	P	
G		Pontes, R. c.....	44
G. (L.) c. B. (G.).....	367, 370		

	PAGE		PAGE
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
R		T	
Reine voir aussi «R.»		ter Neuzen c. Korn.....	674
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	199	Toronto Free Press Publications Ltd., Botiuk c.	3
R. c. Cleghorn.....	175	V	
R. c. Harrer.....	562	U. (F.J.), R. c.....	764
R. c. Pontes.....	44	Université de Regina, Cohnstaedt c.	451
R. c. U. (F.J.).....	764	W	
R. c. Wijesinha.....	422	Wijesinha, R. c.	422
S			
Stratford (Ville), Large c.	733		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
A. (W.R.) (Re).....	[1989] C.R.D.D. No. 98	640
Adam v. Ward	[1917] A.C. 309	29
Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1989] 2 F.C. 680	659
Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1989] 2 F.C. 680	659
Anderson v. Chasney	[1949] 4 D.L.R. 71	698
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.....	[1978] 2 S.C.R. 229.....	681, 729
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	272
Argentina v. Mellino.....	[1987] 1 S.C.R. 536.....	591
Arnold v. Tenó	[1978] 2 S.C.R. 287.....	723, 729
Associated Investors of Canada Ltd. v. M.N.R.....	67 D.T.C. 5096	167
Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.....	(1970), 14 D.L.R. (3d) 175	493
Attorney General v. Hitchcock.....	(1847), 16 L.J. Ex. 259	784
Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada	[1937] A.C. 368	260
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion	[1896] A.C. 348	233
Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation ...	[1946] A.C. 193	233
Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.....	[1903] A.C. 524	240
Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada	[1894] A.C. 189	520
B		
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486.....	53, 75, 585
Bailey v. M.N.R.	90 D.T.C. 1321	117, 148
Bank of Montreal v. Hall.....	[1990] 1 S.C.R. 121.....	505, 520
Banque de Montréal c. Hall.....	[1990] 1 R.C.S. 121.....	505, 520
Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 R.C.S. 1061.....	476, 514
Barber v. Pigden.....	[1937] 1 K.B. 664.....	41
Basse v. Toronto Star Newspapers Ltd.....	(1983), 44 O.R. (2d) 164.....	29

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada...	[1985] 2 R.C.S. 561.....	749, 761
Bhinder v. Canadian National Railway Co.....	[1985] 2 S.C.R. 561.....	749, 761
Black v. Law Society of Alberta.....	[1989] 1 S.C.R. 591.....	272
Black Forest Restaurant Ltd., Re	(1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176.....	527
Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.	[1979] 2 S.C.R. 699.....	553
Boggs v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 49.....	358
Borland v. Muttersbach.....	(1985), 53 O.R. (2d) 129.....	39
Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada	[1980] 1 R.C.S. 914.....	255, 356
British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 24.....	478, 514
Brockie v. Brockie	(1987), 8 R.F.L. (3d) 302.....	396
Brody v. Brody.....	(1990), 25 R.F.L. (3d) 319.....	386
Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers	[1937] 1 K.B. 534.....	544
BSC Footwear Ltd. v. Ridgway	[1971] 2 All E.R. 534.....	133, 160
Bush v. Bush	(1989), 21 R.F.L. (3d) 298.....	386

C

Californian Copper Syndicate v. Harris.....	(1904), 5 T.C. 159.....	115, 155
Campbell v. The Queen	[1965] S.C.R. vii.....	260
Canada v. Antosko	[1994] 2 S.C.R. 312.....	113
Canada v. Dresden Farm Equipment Ltd.....	[1989] 1 C.T.C. 99	119
Canada v. Schmidt	[1987] 1 S.C.R. 500.....	570
Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.	[1990] 2 F.C. 641	310
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	743
Canada (Attorney General) v. Ward.....	[1993] 2 S.C.R. 689.....	600, 654
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers.....	[1993] 1 F.C. 154	635
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mayers	[1993] 1 C.F. 154	635
Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.	[1990] 2 C.F. 641	310
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554.....	743
Canada (Procureur général) c. Ward	[1993] 2 R.C.S. 689.....	600, 654
Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général).....	[1992] 2 C.F. 130	310
Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General).....	[1992] 2 F.C. 130	310
Caron v. Caron.....	[1987] 1 S.C.R. 892.....	381, 403
Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)	[1990] 2 S.C.R. 489.....	749, 761
Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York	447 U.S. 557 (1980).....	303
Chen Zhou Chai v. Carroll	48 F.3d 1331 (1995).....	640
Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.....	[1979] 1 S.C.R. 1067.....	24
Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1993] 2 C.F. 314	606, 653
Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)....	[1993] 2 F.C. 314	606, 653
Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.	[1985] 6 W.W.R. 14.....	547
Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.....	[1989] 2 R.C.S. 24.....	478, 514
Comité pour la République du Canada c. Canada	[1991] 1 R.C.S. 139.....	315, 332

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.....	[1979] 2 R.C.S. 699	553
Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke.....	[1982] 1 R.C.S. 202.....	741, 756
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada	[1991] 1 S.C.R. 139.....	315, 332
Comté de Parkland n° 31 c. Stetar.....	[1975] 2 R.C.S. 884.....	490
Corkum v. Corkum	(1988), 14 R.F.L. (3d) 275.....	386
Coughlin & Co., Re	(1923), 4 C.B.R. 294	491
County of Parkland No. 31 v. Stetar.....	[1975] 2 S.C.R. 884.....	490
Crosby v. O'Reilly	[1975] 2 S.C.R. 381.....	725
Crown Grain Co. v. Day	[1908] A.C. 504.....	504
Cull v. The Queen.....	87 D.T.C. 5322	125
Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital.....	266 N.E.2d 897 (1970).....	720

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835.....	320
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....	320
Daley v. M.N.R.	[1950] C.T.C. 254.....	158
Deacon v. The King	[1947] S.C.R. 531	780
Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board	[1985] 1 S.C.R. 785.....	474, 514
Deputy Minister of Revenue v. Rainville.....	[1980] 1 S.C.R. 35.....	472, 514
Descôteaux v. Mierzwinski.....	[1982] 1 S.C.R. 860.....	448
Devine c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 790.....	360
Devine v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 790.....	360
Dickason c. Université de l'Alberta	[1992] 2 R.C.S. 1103.....	272
Dickason v. University of Alberta	[1992] 2 S.C.R. 1103.....	272
Dickinson v. Motor Vehicle Insurance Trust	[1987] 61 A.L.J.R. 553.....	415
Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Com- pensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy	(1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253.....	474
Dominion Taxicab Association v. Minister of National Revenue ...	[1954] S.C.R. 82.....	159
Doncaster v. Doncaster	(1989), 21 R.F.L. (3d) 357.....	386
Dorval v. Bouvier	[1968] S.C.R. 288	286
Douglas v. Tucker	[1952] 1 S.C.R. 275.....	31
Droit de la famille—333.....	[1987] R.J.Q. 294	401
Droit de la famille—382.....	(1988), 16 R.F.L. (3d) 379.....	386
Droit de la famille—1567.....	[1992] R.J.Q. 931	386
Droit de la famille—1688.....	[1992] R.J.Q. 2797	386
Dunagin v. City of Oxford, Mississippi.....	718 F.2d 738 (5th Cir. 1983).....	288

E

E. (Mrs.) v. Eve.....	[1986] 2 S.C.R. 388.....	613
Earnot (Trustee of) v. Western Credit Union Ltd.....	(1991), 7 C.B.R. (3d) 207	531
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	272, 330
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	272, 330
Edwards v. Bairstow	[1956] A.C. 14	155

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513.....	351
États-Unis d'Amérique c. Cotroni.....	[1989] 1 R.C.S. 1469.....	271
F		
Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 S.C.R. 1061.....	476, 514
Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.....	[1978] 3 All E.R. 1066.....	547
Fisher v. Fisher.....	(1989), 22 R.F.L. (3d) 225.....	386
Fisher v. Sibley Memorial Hospital	403 A.2d 1130 (1979)	718
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712.....	267, 326, 354
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712.....	267, 326, 354
Fortune Insurance Co. v. Exilus	608 So.2d 139 (1992).....	418
Fraser Valley Taxi Cabs Ltd. v. Insurance Corp. of British Columbia	(1993), 75 B.C.L.R. (2d) 94.....	417
Fredericton Co-operative Ltd. v. Smith	(1921), 2 C.B.R. 154	493
French River Contracting Co., Re.....	[1937] O.W.N. 665	538
Friedberg v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 285.....	159
G		
G. Ford Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co.....	(1983), 43 O.R. (2d) 401.....	712
G. H. Myers and Co. v. Brent Cross Service Co.....	[1934] 1 K.B. 46.....	711
Gee v. White Spot Ltd.....	(1986), 7 B.C.L.R. (2d) 235.....	708
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing.....	[1989] 1 S.C.R. 641.....	521
Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen.....	[1956] S.C.R. 303	240
Government of Newfoundland v. Newfoundland Railway Co.....	(1888), 13 App. Cas. 199.....	545
Gravel v. City of St-Léonard.....	[1978] 1 S.C.R. 660.....	413
Gray v. Alanco Developments Ltd.....	(1967), 61 D.L.R. (2d) 652	729
Gresham Life Assurance Society v. Styles.....	[1892] A.C. 309	127
Guo Chun Di v. Carroll.....	842 F.Supp. 858 (1994).....	623
H		
H. L. Bolton (Engineering) Co. v. T. J. Graham & Sons Ltd.	[1957] 1 Q.B. 159.....	32
H. (W.I.) (Re).....	[1989] C.R.D.D. No. 15	623
Hanak v. Green	[1958] 2 All E.R. 141.....	547
Hayward v. Thompson.....	[1982] 1 Q.B. 47.....	41
Hill c. Église de scientologie de Toronto.....	[1995] 2 R.C.S. 1130.....	24, 729
Hill v. Church of Scientology of Toronto.....	[1995] 2 S.C.R. 1130.....	24, 729
Holt v. Telford.....	[1987] 2 S.C.R. 193.....	541
Horrocks v. Lowe.....	[1975] A.C. 135	34
I		
Indemnity Insurance Co. v. Excel Cleaning Service.....	[1954] S.C.R. 169	414
Invitation Prêt-à-Porter Inc., Re	(1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54	498

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Irriation Industries Ltd. v. Minister of National Revenue	[1962] S.C.R. 346	155
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927.....	267, 326, 354, 359
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	267, 326, 354, 359
J		
John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada.....	[1962] S.C.R. 487	531
Johnstone v. Lee and Insurance Corp. of British Columbia.....	(1979), 17 B.C.L.R. 324.....	417
K		
K. (H.H.) (Re)	[1991] C.R.D.D. No. 484	640
Kalick v. The King	(1920), 61 S.C.R. 175.....	436
Kangas v. Aetna Casualty & Surety Co.	235 N.W.2d 42 (1975)	417
Keable c. Procureur général du Canada.....	[1978] 2 R.C.S. 135.....	369
Keable v. Attorney General of Canada.....	[1978] 2 S.C.R. 135.....	369
Ken Steeves Sales Ltd. v. M.N.R.	55 D.T.C. 1044	167
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice).....	[1991] 2 R.C.S. 779.....	570, 583
Kindler v. Canada (Minister of Justice).....	[1991] 2 S.C.R. 779.....	570, 583
Knox Contracting Ltd. v. Canada	[1990] 2 S.C.R. 338.....	357
Kuruma v. The Queen.....	[1955] A.C. 197	585
L		
Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada	[1980] 1 S.C.R. 914.....	255, 356
Lapointe c. Hôpital Le Gardeur	[1992] 1 R.C.S. 351.....	286, 693
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur	[1992] 1 S.C.R. 351.....	286, 693
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211.....	290
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union.....	[1991] 2 S.C.R. 211.....	290
Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd.....	[1960] S.C.R. 80	410
Lindal v. Lindal.....	[1981] 2 S.C.R. 629.....	40, 691
Linton v. Linton	(1990), 1 O.R. (3d) 1.....	386
Lister v. Hooson	[1908] 1 K.B. 174.....	493, 542
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia	[1959] S.C.R. 497	264
Lynk v. Lynk	(1989), 21 R.F.L. (3d) 337.....	386
M		
M.N.R. v. Publishers Guild of Canada Ltd.	57 D.T.C. 1017	167
MacDonald v. Vapour Canada Ltd.	[1977] 2 S.C.R. 134.....	541
Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.....	[1899] A.C. 626.....	487
Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 101.....	551
Maritime Telegraph and Telephone Co. v. The Queen	91 D.T.C. 5038	168
Matter of Chang	Int. Dec. 3107 (1989)	623

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Mawaz Khan v. R.	[1967] 1 All E.R. 80.....	775
McCormick v. Marcotte.....	[1972] S.C.R. 18.....	693
McFall v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 321.....	776
McIndoe v. Insurance Corp. of British Columbia.....	(1990), 45 C.C.L.I. 68.....	419
McInroy v. The Queen.....	[1979] 1 S.C.R. 588.....	784
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	272
McLoughlin v. Kutasy.....	[1979] 2 S.C.R. 311.....	29
Medwid v. Ontario.....	(1988), 48 D.L.R. (4th) 272.....	522
Melton; Milk v. Towers, Re.....	[1918] 1 Ch. 37.....	491
Messier v. Delage.....	[1983] 2 S.C.R. 401.....	387
Metromedia, Inc. v. City of San Diego.....	453 U.S. 490 (1981).....	304
Miller v. Polbro Realty Co.	(1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54.....	498
Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Respondent A.....	(1995), 130 A.L.R. 48.....	626
Minister of National Revenue v. Anaconda American Brass Ltd.	[1956] A.C. 85.....	132
Minister of National Revenue v. Consolidated Glass Ltd.	[1957] S.C.R. 167.....	135, 159
Minister of National Revenue v. Irwin.....	[1964] S.C.R. 662.....	118, 160
Minister of National Revenue v. Shofar Investment Corp.	[1980] 1 S.C.R. 350.....	149
Ministre du Revenu national c. Shofar Investment Corp.....	[1980] 1 R.C.S. 350.....	149
Miranda v. Arizona.....	384 U.S. 436 (1966).....	568
Moge v. Moge.....	[1992] 3 S.C.R. 813.....	385
Molis v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 356.....	63, 81
Morgentaler v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 616.....	264, 362
Moule v. Garrett.....	(1872), L.R. 7 Ex. 101.....	543
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon.....	[1982] 2 S.C.R. 161.....	520
N		
Neonex International Ltd. v. The Queen.....	78 D.T.C. 6339.....	127, 165
New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.	(1982), 44 N.B.R. (2d) 201.....	550
Novak v. Government Employees Insurance Co.....	424 So.2d 178 (1983).....	418
O		
Oklahoma Telecasters Ass'n v. Crisp.....	699 F.2d 490 (10th Cir. 1983).....	303
Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of).....	(1993), 100 D.L.R. (4th) 742.....	499, 517
Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke.....	[1982] 1 S.C.R. 202.....	741, 756
Operation Dismantle Inc. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 441.....	586
Oryx Realty Corp. c. Ministre du Revenu national.....	[1974] 2 C.F. 44.....	162
Oryx Realty Corp. v. Minister of National Revenue.....	[1974] 2 F.C. 44.....	162
Ostime v. Duple Motor Bodies, Ltd.	[1961] 2 All E.R. 167.....	130
P		
Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.	[1991] 5 W.W.R. 577.....	532

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Pelech v. Pelech	[1987] 1 S.C.R. 801.....	381, 403
People ex rel. Karlin v. Culkin	162 N.E. 487 (1928).....	33
Perlmutter v. Beth David Hospital	123 N.E.2d 792 (1954).....	714
Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada	478 U.S. 328 (1986).....	304
Publicover v. Publicover	[1931] A.C. 310.....	240
	(1987), 9 R.F.L. (3d) 308.....	386

R

R. v. Amway Corp.	[1989] 1 S.C.R. 21.....	552
R. v. Arcangioli	[1994] 1 S.C.R. 129.....	196
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	769
R. v. Baril	[1979] 2 S.C.R. 547.....	64, 77
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	258
R. v. Black	[1989] 2 S.C.R. 138.....	569, 581
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452.....	339, 782
R. v. Chambers	[1990] 2 S.C.R. 1293.....	189
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	342
R. v. City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	55, 73
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265.....	432, 587
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	578, 585
R. v. Cosman's Furniture (1972) Ltd.....	(1976), 32 C.C.C. (2d) 345	256
R. v. Côté	[1976] 1 S.C.R. 595.....	705
R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 401.....	233
R. v. DeSousa.....	[1992] 2 S.C.R. 944.....	75
R. v. Docherty	[1989] 2 S.C.R. 941.....	82
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30.....	446
R. v. Dunbar and Logan	(1982), 68 C.C.C. (2d) 13	188
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	271
R. v. Evans	[1991] 1 S.C.R. 869.....	569, 581
R. v. Evans	[1993] 3 S.C.R. 653.....	781
R. v. Ford	(1993), 78 C.C.C. (3d) 481	188
R. v. Forster.....	[1992] 1 S.C.R. 339.....	83
R. v. Furtney.....	[1991] 3 S.C.R. 89.....	265, 363
R. v. Gruenke	[1991] 3 S.C.R. 263.....	431
R. v. Hauser.....	[1979] 1 S.C.R. 984.....	357
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151.....	584
R. v. Heywood	(1992), 77 C.C.C. (3d) 502	86
R. v. Hogan	(1982), 2 C.C.C. (3d) 557.....	181
R. v. Holmes.....	[1988] 1 S.C.R. 914.....	413
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284.....	272
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	271, 339
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531.....	768
R. v. Laverty.....	(1977), 35 C.C.C. (2d) 151	193
R. v. Letourneau.....	(1994), 87 C.C.C. (3d) 481	179

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Logan.....	[1990] 2 S.C.R. 731.....	75
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309.....	572, 587
R. v. MacDougall	[1982] 2 S.C.R. 605.....	53, 88
R. v. Mahoney.....	(1979), 50 C.C.C. (2d) 380	188
R. v. Martineau.....	[1990] 2 S.C.R. 633.....	75
R. v. May.....	(1984), 13 C.C.C. (3d) 257	440
R. v. Morgentaler.....	[1993] 3 S.C.R. 463.....	241, 356, 486
R. v. Morin.....	(1968), 5 C.R.N.S. 297.....	437
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606.....	74
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103.....	234, 328, 351
R. v. P. (M.B.).....	[1994] 1 S.C.R. 555.....	189
R. v. Parrington.....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 184	188
R. v. Potvin.....	[1989] 1 S.C.R. 525.....	578, 586
R. v. Prue.....	[1979] 2 S.C.R. 547.....	64, 77
R. v. Rogerson.....	(1992), 174 C.L.R. 268	437
R. v. S. (R.J.).....	[1995] 1 S.C.R. 451.....	189, 572
R. v. Schwartz	[1988] 2 S.C.R. 443.....	314
R. v. Seaboyer.....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	585
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran	[1988] 1 All E.R. 193.....	659
R. v. Shafie.....	(1989), 47 C.C.C. 27	583
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915.....	768
R. v. Spezzano.....	(1977), 34 C.C.C. (2d) 87	437
R. v. Swain.....	[1991] 1 S.C.R. 933.....	255
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613.....	586
R. v. Tremblay.....	[1993] 2 S.C.R. 932.....	88
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636.....	59, 73
R. c. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299.....	55, 73
R. v. Vreones.....	[1891] 1 Q.B. 360.....	441
R. v. Wetmore	[1983] 2 S.C.R. 284.....	253
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154.....	54, 96
R. v. Zeck.....	(1980), 53 C.C.C. (2d) 551	440
R. v. Zelensky	[1978] 2 S.C.R. 940.....	240
Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration	(1984), 55 N.R. 129.....	637
Ramsden v. Peterborough (City)	[1993] 2 S.C.R. 1084.....	342
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100	358
Reference re Anti-Inflation Act.....	[1976] 2 S.C.R. 373.....	242
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	53, 75, 585
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	318
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	342, 361
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act	[1949] S.C.R. 1	241, 357
Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.).....	(1987), 44 D.L.R. (4th) 501	523
Regal Heights Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1960] S.C.R. 902.....	155
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	53, 75, 585
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	261, 343, 361

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation	[1976] 2 R.C.S. 373.....	242
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act ...	[1984] 1 R.C.S. 297.....	242
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721.....	318
Richardson v. Richardson	[1987] 1 S.C.R. 857.....	381, 403
Roberge v. Bolduc.....	[1991] 1 S.C.R. 374.....	697
Robinson v. Countrywide Factors Ltd.	[1978] 1 S.C.R. 753.....	533
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario	[1990] 2 R.C.S. 232.....	267, 326, 354
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario	[1990] 2 S.C.R. 232.....	267, 326, 354
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1993] 3 R.C.S. 519.....	262, 362
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519.....	61, 262
Roe v. Ministry of Health.....	[1954] 2 All E.R. 131.....	693
Romanoff v. Romanoff	(1992), 41 R.F.L. (3d) 433.....	386
Royal Bank of Canada v. Larue.....	[1928] A.C. 187.....	471, 520
Russell v. The King	(1936), 67 C.C.C. 28	180, 188
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573.....	571

S

Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City) ...	[1989] 2 S.C.R. 1297.....	749
Schneider v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 112.....	245
Schroeder v. Schroeder	(1987), 11 R.F.L. (3d) 413.....	386
Scowby v. Glendinning.....	[1986] 2 S.C.R. 226.....	240
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573.....	571
Serdula Construction Management Inc. v. Workers' Compensation Board, Q.B. (Regina).....	Q.B.M. 126/91 (April 12, 1991).....	514
Shu-Hao Zhao v. Schiltgen.....	1995 WL 165562.....	640
Skerrett v. M.N.R.	91 D.T.C. 1330	125, 171
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	320, 326
Snell v. Farrell.....	[1990] 2 S.C.R. 311.....	333
Snyder v. Snyder.....	(1987), 10 R.F.L. (3d) 144.....	386
Sous-ministre du Revenu c. Rainville.....	[1980] 1 R.C.S. 35.....	472, 514
Spencer v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 278.....	570
St. Luke's Hospital v. Schmaltz.....	534 P.2d 781 (1975).....	719
Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	(1986), 52 O.R. (2d) 473.....	32
Standard Sausage Co. v. Lee.....	[1933] 4 D.L.R. 501	254
Stein v. Blake.....	[1995] 2 All E.R. 961.....	494
Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.	[1956] S.C.R. 936.....	410
Stoffman v. Vancouver General Hospital.....	[1990] 3 S.C.R. 483.....	331
Story v. Story	(1989), 23 R.F.L. (3d) 225.....	386
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536.....	113
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285	247
Symes v. Canada.....	[1993] 4 S.C.R. 695.....	127, 167

T

Taillefer v. R.....	[1989] R.J.Q. 2023	188
Tara Exploration and Development Co. v. M.N.R.	70 D.T.C. 6370	163

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Tennant v. Union Bank of Canada.....	[1894] A.C. 31	504
The Queen v. Cyprus Anvil Mining Corp.....	90 D.T.C. 6063	158
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	324, 573
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425.....	324, 573
Thornton v. Allstate Insurance Co.	391 N.W.2d 320 (1986)	418
Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George).....	[1978] 2 S.C.R. 267.....	729
Tobias v. The Queen.....	78 D.T.C. 6028	165
Tolofson v. Jensen.....	[1994] 3 S.C.R. 1022.....	589
TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.....	[1994] 3 S.C.R. 753.....	531
U		
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	271
United States of America v. Hensel.....	509 F.Supp. 1364 (1981).....	576
United States v. Toscanino	500 F.2d. 267 (1974).....	576
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S. 353.....	743
University of British Columbia v. Berg.....	[1993] 2 S.C.R. 353.....	743
Upper Churchill Water Rights Reversion Act, Re.....	[1984] 1 S.C.R. 297.....	242
V		
Van Dongen v. The Queen	90 D.T.C. 6633	125, 148
Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead.....	[1975] 2 S.C.R. 831.....	694
Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)	[1991] 1 R.C.S. 671.....	552
Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary).....	[1991] 1 S.C.R. 671.....	552
W		
Waldick v. Malcolm	[1991] 2 S.C.R. 456.....	697
Weatherhead c. M.R.N.....	[1990] 1 C.T.C. 2579	125, 148
Weatherhead v. M.N.R.....	[1990] 1 C.T.C. 2579	125, 148
West Kootenay Power and Light Co. v. Canada.....	[1992] 1 F.C. 732	165
Westbank Indian Bank v. Tomat	(1992), 63 B.C.L.R. (2d) 273.....	42
Whimster & Co. v. Inland Revenue Commissioners	(1925), 12 T.C. 813	133, 160
Williams v. Williams.....	(1988), 13 R.F.L. (3d) 321.....	386
Willick v. Willick	[1994] 3 S.C.R. 670.....	395, 403
Willms v. Willms	(1988), 14 R.F.L. (3d) 162.....	386
Wilson v. Swanson.....	[1956] S.C.R. 804.....	693
Woelk v. Halvorson.....	[1980] 2 S.C.R. 430.....	413
Wright v. Beckett	(1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143....	784

NAME OF CASE INITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
X		
X. (D.K.) (Re)	[1989] C.R.D.D. No. 293	641
Xin-Chang Zhang v. Slattery	859 F.Supp. 708 (1994).....	623
Y		
Young & Marten Ltd. v. McManus Childs Ltd.....	[1969] 1 A.C. 454.....	711
Yurkowski v. Federated Mutual Implement and Hardware Insurance Co.	[1975] 4 W.W.R. 689.....	417
Z		
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)	[1992] 2 R.C.S. 321.....	743, 758
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321.....	743, 758

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
B		O	
Bankruptcy Act, R.S.C. 1985, c. B-3		Offence Act, R.S.B.C. 1979, c. 305	
s. 97(3).....	453	s. 4.1.....	44
s. 136.....	453	s. 72(1).....	44
C		Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340	
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 4(1)(g).....	733
s. 7.....	44	s. 4(6).....	733
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46		R	
s. 686(1)(b)(iii).....	175	Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74	
D		r. 27.....	367
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)		S	
s. 17.....	370	Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26	
I		s. 65.1.....	367
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63		T	
s. 10(1).....	103	Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20	
s. 248(1) "business".....	103	s. 4.....	199
s. 248(1) "inventory".....	103	s. 5.....	199
Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945		s. 6.....	199
s. 1801.....	103	s. 8.....	199
M		s. 9.....	199
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288		W	
s. 92.....	44	Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1	
s. 94(1).....	44	s. 133(1).....	453
		s. 133(3).....	453

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
Charte canadienne des droits et libertés		Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2 ^e suppl.)	
art. 7.....	44	art. 17.....	370
M			
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288	
art. 686(1)b)(iii).....	175	art. 92.....	44
Code ontarien des droits de la personne, L.R.O.		art. 94(1).....	44
1980, ch. 340		O	
art. 4(1)g).....	733	Offence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 305	
art. 4(6).....	733	art. 4.1.....	44
L			
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72,		art. 72(1).....	44
ch. 63		R	
art. 10(1).....	103	Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978,	
art. 248(1) «entreprise» ou «affaire».....	103	ch. 945	
art. 248(1) «inventaire».....	103	art. 1801.....	103
Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988,		W	
ch. 20		Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979,	
art. 4.....	199	ch. W-17.1	
art. 5.....	199	art. 133(1).....	453
art. 6.....	199	art. 133(3).....	453
art. 8.....	199		
art. 9.....	199		
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26			
art. 65.1.....	367		
Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3			
art. 97(3).....	453		
art. 136.....	453		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abel, Albert S. "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 <i>U.T.L.J.</i> 487	488
Aird, John S. <i>Slaughter of the Innocents: Coercive Birth Control in China</i> . Washington, D.C.: The AEI Press, 1990.....	667
Arnold, Brian J., Tim Edgar and Jinyan Li, eds. <i>Materials on Canadian Income Tax</i> , 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.....	112, 156
Arnold, Brian J. <i>Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983	135, 160
Assemblée mondiale de la santé. Résolution de l'Assemblée Mondiale de la Santé WHA39.14. Mai 1986. WHA39/1986/REC/1, 14	302
Assemblée mondiale de la santé. Résolution de l'Assemblée Mondiale de la Santé WHA43.16. Mai 1990. WHA43/1990, 16	302
Bailey, Martha J. "Pelech, Caron, and Richardson" (1989-90), 3 <i>C.J.W.L.</i> 615.....	389
Bala, Nicholas. "Domestic Contracts in Ontario and the Supreme Court Trilogy: 'A Deal is a Deal'" (1988), 13 <i>Queen's L.J.</i> 1	389
British Columbia. Law Reform Commission. <i>Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss</i> . Vancouver: The Commission, 1984	731
Brown, Craig and Julio Menezes. <i>Insurance Law in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991	414
Brown, Raymond E. <i>The Law of Defamation in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf)	24
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales. <i>Rapport du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales sur l'usage du tabac et de la cigarette</i> . Présenté par M. Gaston Isabelle, président, Session 1969-70. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.....	249
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport. <i>Le droit de la famille</i> . Ottawa: La Commission, 1976	383
Canada. Commission royale d'enquête sur la fiscalité. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité</i> , t. 3. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.....	112
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IX, 2 ^e sess., 33 ^e Lég., le 23 novembre 1987, p. 11042	243
Canada. Department of Justice. <i>Divorce Law In Canada: Proposals For Change</i> . Ottawa: Department of Justice, 1984	391
Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-218, "Profit from the Sale of Real Estate", May 26, 1975.....	115

Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-218R, "Profit, Capital Gains and Losses from the Sale of Real Estate, Including Farmland and Inherited Land and Conversion of Real Estate from Capital Property to Inventory and Vice Versa", September 16, 1986.....	122
Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-459, "Adventure or Concern in the Nature of Trade", September 8, 1980	115
Canada. Department of National Revenue. Taxation. Interpretation Bulletin IT-473, "Inventory Valuation", March 17, 1981 (revised December 5, 1986).....	138
Canada. Health and Welfare Canada. <i>Canadian Initiatives in Smoking and Health</i> . Ottawa: 1983.....	250
Canada. Health and Welfare Canada. Health Protection Branch. Bureau of Chronic Disease Epidemiology. Surveillance & Risk Assessment Division. Report by Donald T. Wigle. <i>Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective</i> . Ottawa: 1989	244
Canada. Health and Welfare Canada. National Program to Reduce Tobacco Use. "Directional paper of the national program to reduce tobacco use in Canada". Appendix in <i>National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective</i> . Ottawa: 1987.....	251
Canada. Health and Welfare Canada. National Program to Reduce Tobacco Use. <i>National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective</i> . Ottawa: 1987.....	251
Canada. Health and Welfare Canada. Tobacco Products Unit. Report by Roberta G. Ferrence. <i>Trends in Tobacco Consumption in Canada, 1900-1987</i> . Ottawa: 1989.....	243
Canada. House of Commons. Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs. <i>Report of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs on Tobacco and Cigarette Smoking</i> . Presented by M. Gaston Isabelle, Chairman, Session 1969-70. Ottawa: Queen's Printer, 1969.....	249
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IX, 2nd sess., 33rd Parl., November 23rd, 1987, p. 11042.....	243
Canada. Law Reform Commission. <i>Family Law</i> . Ottawa: The Commission, 1976	383
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Evidence</i> . Ottawa: The Commission, 1975	789
Canada. Ministère de la Justice. <i>Propositions de réforme du droit du divorce au Canada</i> . Ottawa: Ministère de la Justice, 1984.....	391
Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-218, «Profits sur la vente de biens immeubles», 26 mai 1975.....	115
Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-218R, «Bénéfices, gains en capital et pertes provenant de la vente de biens immeubles, y compris les terres agricoles et les terres transmises par décès et la conversion de biens immeubles qui sont des biens en immobilisation en biens figurant dans un inventaire et vice versa», 16 septembre 1986	122
Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-459, «Projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial», 8 septembre 1980	115
Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Bulletin d'interprétation IT-473, «Évaluation des biens figurant dans un inventaire», 17 mars 1981 (révisé le 5 décembre 1986).....	138
Canada. Royal Commission on Taxation. <i>Report of the Royal Commission on Taxation</i> , vol. 3. Ottawa: Queen's Printer, 1966	112
Canada. Santé et Bien-être social Canada. Direction générale de la protection de la santé. Bureau de l'épidémiologie des maladies chroniques. Division de la surveillance et de l'évaluation des risques. Rapport par Donald T. Wigle. <i>Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective</i> . Ottawa: 1989	244
Canada. Santé et Bien-être social Canada. Document d'orientation du programme national de lutte contre le tabagisme au Canada. Programme national de lutte contre le tabagisme. Annexe du <i>National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective</i> . Ottawa: 1987.....	251

Canada. Santé et Bien-être social Canada. <i>Initiatives canadiennes en matière de santé et de lutte contre l'usage du tabac</i> . Ottawa: 1983.....	250
Canada. Santé et Bien-être social Canada. National Program to Reduce Tobacco. <i>National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective</i> . Ottawa: 1987.....	251
Canada. Santé et Bien-être social Canada. Tobacco Products Unit. Rapport par Roberta G. Ferrence. <i>Trends in Tobacco Consumption in Canada 1900-1987</i> . Ottawa: 1989	243
Canadian Institute of Chartered Accountants. <i>Terminology for Accountants</i> , 3rd ed. Toronto: Canadian Institute of Chartered Accountants, 1983.....	124, 171
Canadian Institute of Public Real Estate Companies. <i>Canadian Institute of Public Real Estate Companies Recommended Accounting Practices for Real Estate Companies</i> , November 1985.....	124, 171
Canadian Institute of Public Real Estate Companies. CIPREC Handbook, September 1990	130
Chapman, Simon and Bill Fitzgerald. "Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers: Some Implications for Health Promotion" (1982), <i>72 Am. J. Pub. Health</i> 491.....	284
Charles, W. H. R. <i>Charles Handbook on Assessment of Damages in Personal Injury Cases</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.....	731
Collinshaw, Neil E., Walter Tostowaryk and Donald T. Wigle. "Mortality Attributable to Tobacco Use in Canada" (1988), <i>79 Can. J. Pub. Health</i> 166	244
Commission européenne. <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> . Actes préparatoires. Amended proposal for a Council Directive on advertising of tobacco products. (91/C 167/03).....	303
Commission européenne. <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> . Actes préparatoires. Amended proposal for a Council Directive on the approximation of Member States' laws, regulations and administrative provision on advertising for tobacco products. (92/C 129/04).....	303
Commission européenne. <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> . Actes préparatoires. Proposition modifiée de directive du Conseil en matière de publicité autorisée par voie de presse et d'affiches en faveur des produits du tabac. (90/C 116/05).....	303
Conseil européen. <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> . Directive du Conseil le 3 octobre 1989. (89/552/CBE).....	302
Conseil européen. <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> . Directive du Conseil le 13 Novembre 1989. (89/622/CBE). Modifiée par la directive du Conseil le 15 mai 1992 (92/41/CBE).....	302
Crépeau, Paul-André. <i>L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie</i> . Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989	489
Dadson, Aleck. "Comment" (1986), <i>64 Can. Bar Rev.</i> 755	470
Davies, Christine. <i>Family Law in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1984	383
<i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.....	553
Duff, David G. "The Supreme Court and the New Family Law: Working through the <i>Pelech</i> Trilogy" (1988), <i>46 U.T. Fac. L. Rev.</i> 542.....	389
Duncan, Lewis and John D. Honsberger. <i>Bankruptcy in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Canadian Legal Authors Ltd., 1961.....	498
Durnford, John W., and Stephen J. Toope. "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), <i>42 Can. Tax J.</i> 1.....	389
Edinger, Elizabeth. "Comment" (1985), <i>63 Can. Bar Rev.</i> 203	488
Edinger, Elizabeth. «Commentaire» (1985), <i>63 R. du B. can.</i> 203.....	488
European Commission. <i>Official Journal of the European Communities</i> . Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on advertising of tobacco products. (91/C 167/03).....	303

European Commission. <i>Official Journal of the European Communities</i> . Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on the approximation of Member States' laws, regulations and administrative provisions on advertising for tobacco products. (92/C 129/04).....	303
European Commission. <i>Official Journal of the European Communities</i> . Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on the authorized advertising of tobacco products in the press and by means of bills and posters. (90/C 116/05).....	303
European Council. <i>Official Journal of the European Communities</i> . Council Directive of 3 October 1989. (89/552/EEC).....	302
European Council. <i>Official Journal of the European Communities</i> . Council Directive of 13 November 1989. (89/622/EEC). Amended by Council Directive of 15 May 1992. (92/41/EEC).....	302
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.....	695
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.....	27
Fridman, Gerald Henry Louis. <i>The Law of Torts in Canada</i> , vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.....	42, 490, 708
Galligan, Patrick T. "Advising an Arrested Client", in <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1963, Part IV, Representing an Arrested Client and Police Interrogation</i> . Toronto: Richard De Boo, 1963, 35.....	186
<i>Gateley on Libel and Slander</i> , 8th ed. By Philip Lewis. London: Sweet & Maxwell, 1981.....	31
Gewirtz, Daniel S. "Toward a Quality Population: China's Eugenic Sterilization of the Mentally Retarded" (1994), 15 <i>N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.</i> 139.....	623
Gooderson, R. N. <i>Alibi</i> . London: Heinemann Educational Books Ltd., 1977.....	188
Gorn, Gerald J. and Renée Florsheim. "The Effects of Commercials for Adult Products on Children" (1985), 11 <i>J. Consumer Res.</i> 962.....	284
Goubau, Dominique. "Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada" (1993), 72 <i>Can. Bar Rev.</i> 279.....	392
Gregory, Lisa B. "Examining the Economic Component of China's One-Child Family Policy Under International Law: Your Money or Your Life" (1992), 6 <i>J. Chinese L.</i> 45.....	624
Hagan, John. "Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation". In Robert J. Sharpe, ed., <i>Charter Litigation</i> . Toronto: Butterworths, 1987, 213.....	286
Harris, Edwin C. <i>Canadian Income Taxation</i> . Toronto: Butterworths, 1979.....	156
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.....	388
Hogg, Peter. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).....	357, 471, 532
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.....	113
Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. <i>Bankruptcy and Insolvency Law of Canada</i> , vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1993.....	498, 541
Huot, René. <i>Cours d'impôt</i> (édition 1994-95). Sainte-Julie, Qué.: Thourene Ltée, 1994.....	127
Huot, René. <i>Understanding Income Tax for Practitioners</i> (1994-95 edition). Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.....	127, 159
Imasco Ltd. <i>Annual Report 1992</i> . Montreal: Imasco Ltd., 1992.....	283
Imasco Ltd. <i>Rapport annuel 1992</i> . Montréal: Imasco, 1992.....	283

Imperial Tobacco Ltd. <i>Project Viking</i> , vol. I: <i>A Behavioural Model of Smoking</i> . Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986	296, 341
Imperial Tobacco Ltd. <i>Project Viking</i> , vol. II: <i>An Attitudinal Model of Smoking</i> . Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986	297
Imperial Tobacco Ltd. <i>Project Viking</i> , vol. III: <i>Product Issues</i> . Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986	296
Joossens, Luc. "Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in some Western European Countries". In <i>Proceedings of the 5th World Conference on Smoking and Health</i> . Winnipeg: Canadian Council on Smoking and Health, 1983, 549.....	312
Judge, John A. M. and Margaret E. Grotenthaler. "Legal and Equitable Set-Offs" (1991), 70 <i>Can. Bar Rev.</i> 91	494
Kieso, Donald E., and Jerry J. Weygandt. <i>Intermediate Accounting</i> , 2nd Canadian ed. Prepared by V. Bruce Irvine and W. Harold Silvester. Toronto: John Wiley & Sons Canada Ltd., 1986.....	129
Kieso, Donald E., et autres. <i>Comptabilité intermédiaire</i> . Version française de l'édition canadienne de <i>Intermediate Accounting</i> préparée par Louis Ménard et Nadi Chlala. Montréal: Éditions du Renouveau Pédagogique Inc., 1991.....	129
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Canadian Income Tax</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993	159
Lacy, Philip T. "Setoff and the Principle of Creditor Equality" (1992), 43 <i>S. Cal. L. Rev.</i> 951	495
LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. <i>Substantive Criminal Law</i> , vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1986.....	83
<i>Laskin's Canadian Constitutional Law</i> , vol 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.....	487
Lin, Stanford M. "China's One-Couple, One-Child Family Planning Policy as Grounds for Granting Asylum — <i>Xin-Chang Zhang v. Slattery</i> , No. 94 Civ. 2119 (S.D.N.Y. Aug. 5, 1994)" (1995), 36 <i>Harv. Int'l L.J.</i> 231	623
Macklin, Audrey. " <i>Canada (Attorney-General) v. Ward</i> : A Review Essay" (1994), 6 <i>Int'l J. of Refugee L.</i> 362	645
Martin, G. Arthur. "Preliminary Hearings", in (<i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1955, Evidence</i> . Toronto: Richard De Boo, 1955, 1	186
McCoid, John C. "Setoff: Why Bankruptcy Priority?" (1989), 75 <i>Va. L. Rev.</i> 15.....	495
<i>McCormick on Evidence</i> , vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.....	790
McDermid, D. R. "The Causal Connection Conundrum" (1989), 5 <i>C.F.L.Q.</i> 107.....	386
McLeod, James G. Annotation (1987), 7 <i>R.F.L.</i> (3d) 225	386
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Mewett & Manning on Criminal Law</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.....	88
Morgan, Brian G. "Proof of Facts in Charter Litigation". In Robert J. Sharpe, ed., <i>Charter Litigation</i> . Toronto: Butterworths, 1987, 159.....	288
Moriarty, Tara A. " <i>Guo v. Carroll</i> : Political Opinion, Persecution, and Coercive Population Control in the People's Republic of China", 8 <i>Geo. Immigr. L.J.</i> 469.....	623
Nations Unies. Conseil économique et social. Résolution 1993/79. "Multisectoral collaboration on tobacco or health". Geneva, September 7, 1993. <i>Official Records of the Economic and Social Council, 1993, Supplement No. 1.</i> (E/1993/93)	302
Nations Unies. Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, <i>Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié</i> . Genève: 1979.....	620, 658
Nations Unies. <i>Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement</i> , projet, version non éditée, principe 8; ch. VII, par. 7.2.	646

Neave, Marcia. "Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" (1994), 44 <i>U.T.L.J.</i> 97	389
New Zealand. Toxic Substances Board. <i>Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion</i> . Wellington: Publications Division, Government Printing Office, 1989	294, 340
Palmer, Kelly Ross. <i>The Law of Set-Off in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993	494
Payne, Julien D. "Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson" (1989), 20 <i>R.G.D.</i> 477	389
Payne, Julien D. "Spousal and Child Support After <i>Moge, Willick and Levesque</i> " (1995), 12 <i>C.F.L.Q.</i> 261	393
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	389
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	389
Rogerson, Carol J. "The Causal Connection Test in Spousal Support Law" (1989), 8 <i>Can. J. Fam. L.</i> 95	388
Roman, Andrew J. and M. Jasmine Sweatman. "The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over" (1992), 71 <i>Can. Bar Rev.</i> 77.....	481
Rothschild, Michael L. <i>Advertising: From Fundamentals to Strategies</i> . Toronto: D. C. Heath, 1987.....	283
Ruby, Clayton. <i>Sentencing</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994	88
Shiers, E. Tobin. "Coercive Population Control Policies: An Illustration of the Need for a Conscientious Objector Provision for Asylum Seekers" (1990), 30 <i>Va. J. Int'l L.</i> 1007	624
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992	578, 586
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.....	88
Sullivan, Ruth. <i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994	413
United Nations. Economic and Social Council. Resolution 1993/79. "Multisectoral collaboration on tobacco or health". Geneva, September 7, 1993. <i>Official Records of the Economic and Social Council, 1993, Supplement No. 1.</i> (E/1993/93)	302
United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. <i>Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status</i> . Geneva: 1979	620, 658
United Nations. <i>Programme of Action of the United Nations International Conference on Population and Development</i> . Draft, unedited version, Principle 8; c. VII, para. 7.2.....	646
United States of America. Department of Health and Human Services. <i>Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General</i> . U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health. DHHS Publication No. (CDC) 89-8411, Prepublication version, January 11, 1989	274
United States of America. Department of Health and Human Services. <i>The Health Consequences of Smoking — Nicotine Addiction — A report of the Surgeon General</i> . U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Health Promotion and Education, Office on Smoking and Health. Washington D.C.: U.S. Government Printing Office, 1988.....	247
United States of America. Department of State. Report submitted to the Committee on Foreign Affairs, U.S. House of Representatives and the Committee on Foreign Relations, U.S. Senate. <i>Country Reports on Human Rights Practices for 1993</i> . Washington: U.S. Government Printing Office, 1994	624
United States of America. Department of State. Report submitted to the Committee on Foreign Relations, U.S. Senate and the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives. <i>Country Reports on Human Rights Practices for 1990</i> . Washington: U.S. Government Printing Office, 1991	665

Valpy, Michael. "The suspicion of a gelded refugee process", <i>Globe and Mail</i> , Toronto, March 7, 1995, p. A2	619
Webb, Kernaghan R. "Regulatory Offences, the Mental Element and the <i>Charter</i> : Rough Road Ahead" (1989), 21 <i>Ottawa L. Rev.</i> 419.....	98
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.....	789
Williams, Glanville L. <i>Joint Torts and Contributory Negligence</i> . London: Stevens & Sons, 1951.....	490
Wood, Philip R. <i>English and International Set-Off</i> . London: Sweet & Maxwell, 1989.....	542
Woolhandler, Ann. "Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts" (1988), 41 <i>Vand. L. Rev.</i> 111	287
World Health Assembly. World Health Assembly Resolution WHA39.14. May 1986. WHA39/1986/REC/1, 14	302
World Health Assembly. World Health Assembly Resolution WHA43.16. May 1990. WHA43/1990, 16	302
Ziegel, Jacob S. "Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman" (1993), 72 <i>Can. Bar Rev.</i> 44	482

Kwong Hung Chan *Appellant*

v.

The Minister of Employment and Immigration *Respondent*

and

Immigration and Refugee Board and Canadian Council for Refugees *Interveners*

INDEXED AS: CHAN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)

File No.: 23813.

1995: January 31; 1995: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration — Convention refugee — Well-founded fear of persecution because of membership in particular social group or political opinion — Likelihood of forced sterilization following breach of China's one-child policy — Confession as to involvement in pro-democracy movement — Whether or not appellant had well-founded fear of persecution for reasons of membership in a particular social group (his family) or political opinion — Whether or not sterilization a form of "persecution" within the meaning of s. 2(1)(a) of the Immigration Act — Whether or not persons facing forced sterilization members of a "particular social group" — Whether or not persons refusing forced sterilization expressing a "political opinion" — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee", (a)(i), (ii), (b), 3(g), 19(1)(c).

Appellant sought Convention refugee status because of his fear of being forcibly sterilized for a violation of China's one-child birth control laws. To be classified a Convention refugee, the appellant had to establish that he had a well-founded fear of persecution for reasons of membership in a particular social group (his family) or political opinion. He had been visited at his restaurant on a number of occasions by the Public Security Bureau (PSB) because of alleged involvement in the pro-democracy movement and had signed a confession to

Kwong Hung Chan *Appellant*

c.

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration *Intimé*

et

La Commission de l'immigration et du statut de réfugié et le Conseil canadien pour les réfugiés *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CHAN c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 23813.

1995: 31 janvier; 1995: 19 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Réfugié au sens de la Convention — Crainte fondée de persécution du fait de l'appartenance à un groupe social ou des opinions politiques — Risque probable de stérilisation forcée par suite de la violation de la politique chinoise de l'enfant unique — Confession concernant la participation au mouvement pro-démocratique — L'appellant craint-il avec raison d'être persécuté du fait de son appartenance à un groupe social (sa famille) ou de ses opinions politiques? — La stérilisation est-elle une forme de «persécution» au sens de l'art. 2(1)a) de la Loi sur l'immigration? — Les personnes qui risquent d'être stérilisées de force font-elles partie d'un «groupe social»? — Les personnes qui refusent de subir la stérilisation forcée expriment-elles une «opinion politique»? — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention», a)(i), (ii), b), 3g), 19(1)c).

L'appellant a demandé le statut de réfugié au sens de la Convention en raison de sa crainte d'être stérilisé de force pour avoir violé la politique chinoise de l'enfant unique. Pour être considéré comme un réfugié au sens de la Convention, l'appellant devait établir qu'il craignait avec raison d'être persécuté du fait de son appartenance à un groupe social (sa famille) ou de ses opinions politiques. Les agents du bureau de la sécurité publique (BSP) avaient effectué de nombreuses visites au restaurant de l'appellant en raison de la présumée participation

this effect in July 1989. He had been visited at home on five occasions by the PSB following the discovery of the second child in April 1990 and his wife lost her job because of the breach. To end these PSB visits appellant submitted a written undertaking to undergo sterilization within three months. He then fled China. Appellant alleged a fear of persecution by being forced to undergo sterilization. He testified that since leaving, his family had suffered harassment from the PSB and that, if returned to China, he might face arrest, imprisonment, long-term unemployment or even murder. The Immigration and Refugee Board found that the appellant was not a Convention refugee. It held that forced sterilization did not constitute a form of persecution, so made no finding as to whether the appellant had a well-founded fear of forced sterilization. The Federal Court of Appeal upheld the Board's decision. The issues to be considered here included: (1) whether forced sterilization is a form of "persecution" within the meaning of s. 2(1)(a) of the *Immigration Act*; (2) whether persons facing forced sterilization are members of a "particular social group"; (3) whether those refusing forced sterilization are expressing a "political opinion"; and (4) whether, assuming persons who have a well-founded fear of sterilization for violating China's one-child policy are eligible to be considered Convention refugees, the appellant has a well-founded fear of forced sterilization or of other persecution.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: A person facing forced sterilization was assumed (without its being decided) to be a member of a particular social group. The claimant, to establish a well-founded fear of sterilization, must demonstrate subjective fear persecution and establish that this fear is well-founded in the objective sense, both on a balance of probabilities.

A refugee claimant must establish to the Board's satisfaction that the alleged fear exists in his or her mind in order to meet the subjective aspect of the test for a well-founded fear of persecution. Normally the claimant's evidence will be sufficient to meet the subjective aspect of the test where the claimant is found to be a credible witness and his or her testimony is consistent. Here,

de ce dernier au mouvement pro-démocratique et de la confession qu'il avait signée à cet égard en juillet 1989. Le BSP s'était rendu au domicile de l'appellant à cinq reprises à la suite de la découverte de la naissance du deuxième enfant en avril 1990; son épouse a d'ailleurs perdu son emploi en raison de cette violation de la politique de l'enfant unique. Pour mettre fin aux visites du BSP, l'appellant s'est engagé par écrit à subir la stérilisation dans un délai de trois mois. Il a ensuite fui la Chine. L'appellant a dit craindre d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser. Il a témoigné que, depuis son départ de la Chine, sa famille a été harcelée par le BSP et que, s'il retournait en Chine, il risquait d'être arrêté, d'être emprisonné, de rester en chômage prolongé et même d'être assassiné. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que l'appellant n'était pas un réfugié au sens de la Convention. Comme la Commission a décidé que la stérilisation forcée n'était pas une forme de persécution, elle ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si l'appellant craignait avec raison d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Commission. Voici les questions qui se posent en l'espèce: (1) La stérilisation forcée est-elle une forme de «persécution» au sens de l'al. 2(1)a) de la *Loi sur l'immigration*? (2) Les personnes qui risquent d'être stérilisées de force font-elles partie d'un «groupe social»? (3) Les personnes qui refusent la stérilisation forcée expriment-elles une «opinion politique»? (4) À supposer que les personnes qui craignent avec raison d'être stérilisées pour avoir violé la politique chinoise de l'enfant unique soient admissibles au statut de réfugié au sens de la Convention, l'appellant est-il fondé de craindre d'être stérilisé de force ou de subir d'autres persécutions?

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Il a été tenu pour acquis (sans en décider) qu'une personne qui risque d'être stérilisée de force est membre d'un groupe social. Pour établir qu'il craint avec raison d'être stérilisé, le demandeur doit établir l'existence d'une crainte subjective de persécution ainsi que le fondement objectif de cette crainte, dans les deux cas selon la prépondérance des probabilités.

Pour satisfaire à l'élément subjectif du critère servant à déterminer si la crainte de persécution est fondée, le demandeur doit convaincre la Commission que la crainte qu'il allègue existe dans son esprit. Normalement, lorsque le demandeur est jugé être un témoin crédible et qu'il dépose de façon cohérente, son témoignage sera suffisant pour satisfaire à l'élément subjectif

appellant's testimony, even with respect to his own fear of forced sterilization, was equivocal and inconsistent at times.

The appellant did not meet the burden of proof on the objective aspect of the test. Evidence with respect to the enforcement procedures used within a claimant's particular region at the relevant time was not presented to the Board. Such evidence, if not available in documentary form, can be established through testimony with respect to similarly situated individuals. Appellant provided neither. Nor did he produce any evidence that the forced sterilization is inflicted upon men in his area. In fact, the documentary evidence produced by the appellant strongly suggested that penalties for breach of the one-child policy only applied against women. Then, too, the local authorities had taken no action to enforce appellant's signed consent to sterilization even though more than a year had lapsed and the fine levied for the breach of the birth control laws had still not been paid and, indeed, had been reduced. Absent any evidence to establish that his alleged fear of forced sterilization was objectively well-founded, the Board was unable to determine that the appellant had a well-founded fear of persecution in the form of a forced sterilization. The issue of whether or not the forced sterilization was related to the appellant's alleged involvement with the pro-democracy movement was not raised by the appellant at the Board level or on appeal and was not before this Court.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting): The Court could not safely decide whether or not there was evidence on which the Board could conclude that the appellant was a member of a particular group. The matter should be remitted back to the Board to be decided in accordance with the United Nations High Commissioner for Refugees *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* (the "UNHCR Handbook"). Using these guidelines for establishing the facts of a given case, a determination could be made as to whether a Convention refugee was entitled to any benefit of the doubt regarding his story.

Here, the appellant's account of events so closely mirrors the known facts concerning the implementation of China's population policy that, given the absence of

du critère. En l'espèce, le témoignage de l'appellant, quand il porte sur sa propre crainte d'être stérilisé de force, est parfois équivoque et incohérent.

L'appellant ne s'est pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait en ce qui concerne l'élément objectif du critère. Il n'a été présenté à la Commission aucune preuve concernant les méthodes visant à faire respecter la politique qui étaient appliquées dans la région du demandeur, pendant la période en cause. Lorsqu'une telle preuve n'est pas disponible sous forme documentaire, le demandeur peut faire état, dans son témoignage, de personnes qui se trouvent dans une situation analogue à la sienne. En l'espèce, l'appellant n'a fourni ni l'une ni l'autre de ces preuves. De plus, il n'a produit aucun élément de preuve visant à établir que la stérilisation forcée est infligée aux hommes dans sa région. En fait, la preuve documentaire qu'il a déposée tendait fortement à indiquer que les peines pour violation de la politique de l'enfant unique étaient appliquées principalement aux femmes. Plus d'un an après la signature par l'appellant de la formule de consentement à la stérilisation, les autorités locales n'avaient toujours pris aucune mesure pour faire exécuter ce consentement, et l'amende qui avait été infligée pour la violation de la politique démographique n'avait pas encore été payée et, de fait, avait été réduite. L'appellant n'ayant produit aucun élément de preuve visant à établir que sa crainte d'être stérilisé de force avait un fondement objectif, la Commission n'était pas en mesure de statuer que l'appellant craignait avec raison d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser. La question de savoir s'il existait un lien entre la stérilisation forcée et la présumée participation de l'appellant au mouvement pro-démocratique n'a pas été soulevée par ce dernier devant la Commission ou en appel, et la Cour n'en était pas saisie.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents): Il serait hasardeux pour la Cour de décider s'il y avait des éléments de preuve permettant à la Commission de conclure que l'appellant appartenait à un groupe. L'affaire devrait être renvoyée à la Commission, qui en décidera conformément au *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (le «Guide du HCNUR») du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Il était possible, à partir des lignes directrices relatives à l'établissement des faits, de déterminer s'il fallait accorder au demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention le bénéfice du doute relativement à sa version des faits.

En l'espèce, la version des faits donnée par l'appellant concorde de façon si étroite avec les faits notoires relatifs à la mise en œuvre de la politique démographique de

any negative finding as to the credibility of the appellant or of his evidence, his quite plausible account is entitled to the benefit of any doubt that may exist. Sections of his testimony should not be seized upon in isolation. Such a technique is antithetical to the guidelines of the UNHCR Handbook. In light of these explicit guidelines, Canada's refugee burden should not be thwarted by an unduly stringent application of exacting legal proof that fails to take account of the contextual obstacles customary to refugee hearings.

The implementation of China's one-child policy, through sterilization by local officials, can constitute a well-founded fear of persecution. The alleged persecution does not have to emanate from the state itself to trigger a Convention obligation. Serious human rights violations may well issue from non-state actors or from subordinate state authorities if the state is incapable or unwilling to protect its nationals from abuse. Determination of the precise degree of involvement by the Chinese government was neither necessary nor possible from the evidentiary record.

When the means employed place broadly protected and well understood basic human rights under international law such as the security of the person in jeopardy, the boundary between acceptable means of achieving a legitimate policy and persecution is crossed. Canadian judicial bodies may at that juncture pronounce on the validity of the means by which a social policy may be implemented in an individual case by either granting or denying Convention refugee status, assuming of course that the claimant's credibility is not in question and that his or her account conforms with generally known facts.

Basic human rights transcend subjective and parochial perspectives and extend beyond national boundaries. Recourse can be had to the municipal law of the admitting nation, nevertheless, because that law may well animate a consideration of whether the alleged feared conduct fundamentally violates basic human rights. Forced sterilization constitutes a gross infringement of the security of the person and readily qualifies as the type of fundamental violation of basic human rights that constitutes persecution. Notwithstanding the

la Chine que, vu l'absence de conclusions défavorables quant à la crédibilité de l'appelant ou de la preuve qu'il a présentée, il y a lieu d'accorder à sa version des faits — par ailleurs tout à fait plausible — le bénéfice de tout doute qui pourrait exister. Il ne faut pas considérer isolément des passages du témoignage de l'appelant. Une telle méthode est contraire aux lignes directrices du Guide du HCNUR. Vu ces lignes directrices explicites, il ne faut pas gêner le respect de la responsabilité du Canada envers les réfugiés par une application excessivement stricte de règles de preuve exigeantes, ne tenant pas compte des obstacles contextuels propres à l'audition des revendications du statut de réfugié.

La mise en œuvre de la politique chinoise de l'enfant unique, par les mesures de stérilisation imposées par les fonctionnaires locaux, peut amener une personne à craindre avec raison d'être persécutée. Il n'est pas nécessaire que la persécution alléguée émane de l'État pour donner ouverture à l'application d'une obligation prévue par la Convention. Il est fort possible que des violations graves des droits de la personne soient commises par des acteurs non étatiques ou des autorités gouvernementales de rang inférieur, si l'État en cause ne peut pas ou ne veut pas protéger ses citoyens contre ces abus. Il n'est ni nécessaire ni possible, à partir de la preuve disponible, de déterminer avec précision le degré de participation du gouvernement chinois.

Lorsque les moyens utilisés ont pour effet de mettre en péril des droits fondamentaux de la personne — tel le droit de chacun à la sécurité de sa personne — qui, en vertu du droit international, sont bien définis et jouissent d'une protection considérable, la ligne qui sépare la persécution et les moyens acceptables pour exécuter une politique légitime a alors été franchie. C'est à ce moment que les tribunaux canadiens peuvent, dans un cas donné, se prononcer sur la validité des moyens de mise en œuvre d'une politique sociale, et ce en accordant ou en refusant à une personne le statut de réfugié au sens de la Convention, à supposer bien entendu que la crédibilité du demandeur ne soit pas en cause et que sa version des faits concorde avec les faits notoires.

Les droits fondamentaux de la personne transcendent les perspectives subjectives et chauvines, et ils s'appliquent au-delà des frontières nationales. On peut néanmoins faire appel au droit interne du pays d'admission, car ce droit pourrait bien inciter à l'examen de la question de savoir si la conduite appréhendée viole de façon cruciale des droits fondamentaux de la personne. La stérilisation forcée constitue une grave atteinte au droit d'un individu à la sécurité de sa personne et pourrait facilement être qualifiée de violation majeure des droits

technique, forced sterilization is in essence an inhuman, degrading and irreversible treatment.

A well-founded fear must be evaluated both subjectively and objectively. The fact that the appellant did not specifically invoke the term "fear of persecution" or equivalent words to that effect was of no particular import. The testimony of his harassment, together with his flight from China, directs a finding that he had an implicit well-founded fear of persecution. The generally known facts establish the existence of objective grounds for appellant's fearing forced sterilization. This was an issue for consideration by the Board.

A refugee alleging membership in a particular social group does not have to be in voluntary association with other persons similar to him- or herself. Rather, he or she must be voluntarily associated with a particular status for reasons so fundamental to that person's human dignity that he or she should not be forced to forsake that association. The association or group exists by virtue of a common attempt made by its members to exercise a fundamental human right. The right asserted can be categorized as the basic right of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children. This fundamental right has been recognized in international law. The possibility also exists that the appellant may have a well-founded fear of persecution on the basis of a political opinion held by or imputed to him.

Cases Cited

By Major J.

Distinguished: *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran*, [1988] 1 All E.R. 193.

By La Forest J. (dissenting)

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689; *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314; *E. (Mrs.) v. Eve*,

fondamentaux de la personne, du type de celles qui constituent de la persécution. Quelle que soit la technique utilisée, il est incontestable que la stérilisation forcée est essentiellement un traitement inhumain, dégradant et irréversible.

Il faut se demander, à la fois sur le plan subjectif et sur le plan objectif, si le demandeur craint avec raison d'être persécuté. Le fait que l'appellant n'a pas spécifiquement employé l'expression «craint d'être persécuté» ou des mots équivalents ne revêt pas d'importance particulière. Le témoignage de l'appellant concernant le harcèlement, conjugué à son départ subséquent de la Chine, porte à conclure que l'appellant éprouvait une crainte implicite d'être persécuté. Les faits notoires établissent l'existence de raisons objectives justifiant l'appellant de craindre d'être forcé de se faire stériliser. Il s'agit d'une question qui devait être examinée par la Commission.

Le demandeur qui dit appartenir à un groupe social n'a pas besoin d'être associé volontairement avec d'autres personnes semblables à lui. Il doit plutôt être volontairement associé de par un statut particulier, pour des raisons si essentielles à sa dignité humaine, qu'il ne devrait pas être contraint de renoncer à cette association. L'association ou le groupe existe parce que ses membres ont tenté, ensemble, d'exercer un droit fondamental de la personne. Le droit revendiqué peut être qualifié de droit fondamental de tous les couples et individus de décider librement et en toute connaissance du moment où ils auront des enfants, du nombre d'enfants qu'ils auront et de l'espacement des naissances. Ce droit fondamental a été reconnu en droit international. Il est par ailleurs possible que l'appellant craigne avec raison d'être persécuté du fait des opinions politiques qu'il a ou qu'on lui impute.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Distinction d'avec l'arrêt: *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314; **arrêts mentionnés:** *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran*, [1988] 1 All E.R. 193.

Citée par le juge La Forest (dissident)

Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689; *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314; *E. (M^{me}) c. Eve*,

[1986] 2 S.C.R. 388; *H. (W.I.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 15; *Guo Chun Di v. Carroll*, 842 F.Supp. 858 (1994); *Xin-Chang Zhang v. Slattery*, 859 F.Supp. 708 (1994); *Matter of Chang*, Int. Dec. 3107 (1989); *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Respondent A* (1995), 130 A.L.R. 48, rev'g (1994), 127 A.L.R. 383; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers*, [1993] 1 F.C. 154; *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129; *Chen Zhou Chai v. Carroll*, 48 F.3d 1331 (1995); *Shu-Hao Zhao v. Schiltgen*, 1995 WL 165562; *A. (W.R.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 98; *K. (H.H.) (Re)*, [1991] C.R.D.D. No. 484; *X. (D.K.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 293.

Statutes and Regulations Cited

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, March 1, 1980, Can. T.S. 1982 No. 31, art. 16(1)(e).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee" [rep. & sub. c. 28 (4th Supp.), s. 1], (a)(i), (ii), (b), 3(g), 19(1)(c).
International Covenant on Civil and Political Rights, December 19, 1966, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 23(2).

Authors Cited

Aird, John S. *Slaughter of the Innocents: Coercive Birth Control in China*. Washington, D.C.: The AEI Press, 1990.
 Gewirtz, Daniel S. "Toward a Quality Population: China's Eugenic Sterilization of the Mentally Retarded" (1994), 15 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 139.
 Gregory, Lisa B. "Examining the Economic Component of China's One-Child Family Policy Under International Law: Your Money or Your Life" (1992), 6 *J. Chinese L.* 45.
 Lin, Stanford M. "China's One-Couple, One-Child Family Planning Policy as Grounds for Granting Asylum — *Xin-Chang Zhang v. Slattery*, No. 94 Civ. 2119 (S.D.N.Y. Aug. 5, 1994)" (1995), 36 *Harv. Int'l L.J.* 231.
 Macklin, Audrey. "*Canada (Attorney-General) v. Ward: A Review Essay*" (1994), 6 *Int'l J. of Refugee L.* 362.

[1986] 2 R.C.S. 388; *H. (W.I.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 15; *Guo Chun Di c. Carroll*, 842 F.Supp. 858 (1994); *Xin-Chang Zhang c. Slattery*, 859 F.Supp. 708 (1994); *Matter of Chang*, Int. Dec. 3107 (1989); *Minister for Immigration and Ethnic Affairs c. Respondent A* (1995), 130 A.L.R. 48, inf. (1994) 127 A.L.R. 383; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mayers*, [1993] 1 C.F. 154; *Rajudeen c. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129; *Chen Zhou Chai c. Carroll*, 48 F.3d 1331 (1995); *Shu-Hao Zhao c. Schiltgen*, 1995 WL 165562; *A. (W.R.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 98; *K. (H.H.) (Re)*, [1991] C.R.D.D. No. 484; *X. (D.K.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 293.

Lois et règlements cités

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1^{er} mars 1980, R.T. Can. 1982 N^o 31, al. 16(1)e).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» [abr. & rempl. ch. 28 (4^e suppl.), art. 1], a)(i), (ii), b), 3g), 19(1)c).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, R.T. Can. 1976 N^o 47, art. 23(2).

Doctrine citée

Aird, John S. *Slaughter of the Innocents: Coercive Birth Control in China*. Washington, D.C.: The AEI Press, 1990.
 Gewirtz, Daniel S. «Toward a Quality Population: China's Eugenic Sterilization of the Mentally Retarded» (1994), 15 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 139.
 Gregory, Lisa B. «Examining the Economic Component of China's One-Child Family Policy Under International Law: Your Money or Your Life» (1992), 6 *J. Chinese L.* 45.
 Lin, Stanford M. «China's One-Couple, One-Child Family Planning Policy as Grounds for Granting Asylum — *Xin-Chang Zhang v. Slattery*, No. 94 Civ. 2119 (S.D.N.Y. Aug. 5, 1994)» (1995), 36 *Harv. Int'l L.J.* 231.
 Macklin, Audrey. «*Canada (Attorney-General) v. Ward: A Review Essay*» (1994), 6 *Int'l J. of Refugee L.* 362.

- Moriarty, Tara A. "Guo v. Carroll: Political Opinion, Persecution, and Coercive Population Control in the People's Republic of China", 8 *Geo. Immigr. L.J.* 469.
- Shiers, E. Tobin. "Coercive Population Control Policies: An Illustration of the Need for a Conscientious Objector Provision for Asylum Seekers" (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 1007.
- United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*. Geneva: 1979.
- United Nations. *Programme of Action of the United Nations International Conference on Population and Development*. Draft, unedited version, Principle 8; c. VII, para. 7.2.
- United States of America. Department of State. Report submitted to the Committee on Foreign Affairs, U.S. House of Representatives and the Committee on Foreign Relations, U.S. Senate. *Country Reports on Human Rights Practices for 1993*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1994.
- United States of America. Department of State. Report submitted to the Committee on Foreign Relations, U.S. Senate and the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives. *Country Reports on Human Rights Practices for 1990*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1991.
- Valpy, Michael. "The suspicion of a gelded refugee process", *Globe and Mail*, Toronto, March 7, 1995, p. A2.
- Moriarty, Tara A. «Guo v. Carroll: Political Opinion, Persecution, and Coercive Population Control in the People's Republic of China», 8 *Geo. Immigr. L.J.* 469.
- Nations Unies. Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*. Genève: 1979.
- Nations Unies. *Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement*, projet, version non éditée, principe 8; ch. VII, par. 7.2.
- Shiers, E. Tobin. «Coercive Population Control Policies: An Illustration of the Need for a Conscientious Objector Provision for Asylum Seekers» (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 1007.
- United States of America. Department of State. Report submitted to the Committee on Foreign Affairs, U.S. House of Representatives and the Committee on Foreign Relations, U.S. Senate. *Country Reports on Human Rights Practices for 1993*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1994.
- United States of America. Department of State. Report submitted to the Committee on Foreign Relations, U.S. Senate and the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives. *Country Reports on Human Rights Practices for 1990*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1991.
- Valpy, Michael. «The suspicion of a gelded refugee process», *Globe and Mail*, Toronto, March 7, 1995, p. A2.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1993] 3 F.C. 675, 156 N.R. 279, 20 Imm. L.R. (2d) 181, dismissing an appeal from a judgment of the Immigration and Refugee Board (Refugee Division). Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

Rod Holloway and Jennifer Chow, for the appellant.

Gerald Donegan, for the respondent.

Brian A. Crane, Q.C., and *Howard Eddy*, for the intervenor Immigration and Refugee Board.

Ronald Shacter, for the intervenor Canadian Council of Refugees.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1993] 3 C.F. 675, 156 N.R. 279, 20 Imm. L.R. (2d) 181, qui a rejeté l'appel formé contre une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section du statut de réfugié). Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

Rod Holloway et Jennifer Chow, pour l'appellant.

Gerald Donegan, pour l'intimé.

Brian A. Crane, c.r., et *Howard Eddy*, pour l'intervenante la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Ronald Shacter, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

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

¹ LA FOREST J. (dissenting) — This case raises several issues concerning the definition of a “Convention refugee” in s. 2(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (rep. & sub. c. 28 (4th Supp.), s. 1), first considered by this Court in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689. That section reads:

2. (1) . . .

“Convention refugee” means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person’s nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person’s former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act;

² The present appeal is from a judgment of the Federal Court of Appeal which dismissed an appeal from an Immigration and Refugee Board decision denying the appellant’s claim for Convention refugee status. At issue is whether a well-founded fear of forced sterilization for failure to comply with China’s birth control policy is a “well-founded fear of persecution” for reasons of “membership in a particular social group”. The appeal also deals with the proper interpretation of “persecution”, “membership in a particular social group”, and “political opinion” as defined in the Act and explained by this Court in *Ward, supra*. In considering these questions it will be necessary to

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Le présent pourvoi soulève plusieurs questions relativement à la définition de «réfugié au sens de la Convention» qui figure au par. 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (abr. & rempl. ch. 28 (4^e suppl.), art. 1), disposition que notre Cour a examinée pour la première fois dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689. Voici le texte de cette disposition:

2. (1) . . .

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) soit, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n’a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2);

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l’annexe de la présente loi.

Il s’agit en l’espèce d’un pourvoi contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale rejetant l’appel formé contre la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, qui avait refusé la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par l’appelant. La question en litige consiste à déterminer si une personne qui craint avec raison d’être forcée de se faire stériliser parce qu’elle ne s’est pas conformée à la politique de contrôle des naissances de la Chine «crai[nt] avec raison d’être persécutée» du fait de «son appartenance à un groupe social». Le présent pourvoi porte également sur l’interprétation des expressions «être persécutée», «appartenance à un groupe social» et «opinions politiques» qui figurent dans la Loi et qui ont été expliquées par notre Cour dans

determine the proper evidentiary approach to be applied to the testimony of a refugee claimant.

Facts

The appellant, Kwong Hung Chan, is a citizen of the People's Republic of China (China) from Guangzhou City. His ethnic origin is Han Chinese. During the Cultural Revolution, he and his family suffered persecution because of his father's background as a landowner, but there was no other evidence of persecution for this reason beyond the period of the Cultural Revolution.

In June, 1989, pro-democracy students demonstrated in front of his restaurant. The appellant donated food and drinks and some money to support the students. From July 1989, until April 1990, officers of the Public Security Bureau (PSB) visited the appellant's restaurant ten or more times, usually the same group of four to six officers. The PSB officers accused the appellant of having participated in the pro-democracy movement and of being a counter-revolutionary. Staff and customers of the restaurant were interrogated. After the officers' second visit in mid-July 1989, the appellant voluntarily reported to the local PSB office to write a confession of his pro-democracy activities. The interrogatory visitations of PSB officers continued for months after this confession.

In November 1989, 12 years after their first child was born, the appellant's wife gave birth to their second child, thereby violating China's much publicized one-child birth policy. His evidence was that the PSB learned of the second child while conducting a census in April 1990. In late May 1990, the appellant and his family were accused by PSB officers and local neighbourhood committee members of violating China's birth control policy. The PSB officers immediately informed his wife's work unit of the family's population policy violation, causing her to lose her job.

l'arrêt *Ward*, précité. Dans l'examen de ces questions, il sera nécessaire de déterminer la bonne façon d'analyser le témoignage d'un demandeur du statut de réfugié.

Les faits

L'appellant, Kwong Hung Chan, est citoyen de la République populaire de Chine (Chine) et originaire de la ville de Guangzhou. Il appartient au groupe ethnique des Chinois Han. Pendant la Révolution culturelle, sa famille et lui ont été persécutés parce que son père était un ancien propriétaire foncier, mais il n'y a aucune preuve de persécution pour ce motif après cette période.

En juin 1989, des étudiants faisant partie du mouvement pro-démocratique ont manifesté devant son restaurant. L'appellant a appuyé les étudiants en leur fournissant à manger et à boire et en leur donnant de l'argent. De juillet 1989 à avril 1990, des agents du bureau de la sécurité publique (BSP), habituellement le même groupe de quatre à six agents, ont visité le restaurant de l'appellant à au moins une dizaine de reprises. Les agents ont accusé l'appellant d'avoir pris part au mouvement pro-démocratique et d'être un contre-révolutionnaire. Ils ont aussi interrogé le personnel et des clients du restaurant. Après la deuxième visite des agents, à la mi-juillet 1989, l'appellant s'est présenté volontairement à la section locale du BSP pour confesser par écrit ses activités pro-démocratiques. Les visites d'interrogation des agents du BSP se sont poursuivies pendant des mois après cette confession.

En novembre 1989, 12 ans après la naissance du premier enfant, l'épouse de l'appellant a donné naissance à un deuxième enfant, contrevenant ainsi à la fameuse politique chinoise de l'enfant unique. Selon le témoignage de l'appellant, le BSP a appris l'existence du deuxième enfant pendant un recensement, en avril 1990. Vers la fin de mai 1990, l'appellant et sa famille ont été accusés par les agents du BSP et le comité local du quartier d'avoir violé la politique de contrôle des naissances de la Chine. Les agents du BSP ont immédiatement informé l'unité de travail de l'épouse de cette violation, lui faisant ainsi perdre son emploi.

3

4

5

6 PSB officers together with members of the neighbourhood committee visited the appellant's home on five different occasions in all before his flight from China. He testified that they insulted his family, calling them the "enemy of the class" and stating that they had purposely disobeyed the government's birth control policy, thereby causing the neighbourhood committee to be deprived of a low birth rate bonus. The officers demanded that the appellant pay a substantial fine and that either the appellant or his wife be sterilized. The appellant testified that the PSB officers stated that if neither he nor his wife was willing to be sterilized then one of them would be forced to submit to this procedure. The appellant's family discussed their dilemma and decided that, in order to prevent further PSB harassment, the appellant would give the PSB officers a signed document stating that he would agree to undergo sterilization within three months. The appellant testified, however, that he "never thought of going to have this kind of cruel operation".

7 During the last of the five visits to the appellant's family home, the PSB officers demanded payment of the monetary sanction imposed for violation of the one-child policy. The appellant told the officers that his family did not have sufficient money to pay the fine.

8 The appellant left China on July 19, 1990, three weeks after the fifth visit of the PSB officers to his home, and before the expiration of the three-month period within which he had agreed to submit to sterilization. The appellant travelled initially to Hong Kong and, on July 23, 1990, proceeded to Canada where he immediately sought Convention refugee status. His hearing before the Board occurred 16 months after he left China.

9 Before the Board the appellant claimed that after his departure his family continued to be harassed by the PSB for violating the one-child policy. Appellant's counsel submitted in evidence two letters sent from the appellant's wife in China, respectively six and ten months after his arrival in Canada. These letters recounted further PSB and

Des agents du BSP, accompagnés de membres du comité du quartier se sont rendus à cinq reprises en tout chez l'appelant avant qu'il ne fuie la Chine. L'appelant a témoigné que ces agents insultaient sa famille en les traitant d'[TRADUCTION] «ennemis du peuple» et leur reprochaient d'avoir désobéi à dessein à la politique de contrôle des naissances du gouvernement, privant ainsi le comité du quartier de la prime accordée en cas de faible taux de natalité. Les agents ont ordonné à l'appelant de verser une amende importante et exigé que son épouse ou lui se fasse stériliser. Selon le témoignage de l'appelant, les agents du BSP lui auraient dit que, si lui ou son épouse ne consentait pas à la stérilisation, l'un des deux serait forcé de s'y soumettre. L'appelant a discuté de ce dilemme avec sa famille et, pour éviter que le BSP poursuive son harcèlement, il a été décidé que l'appelant remettrait aux agents du BSP un document signé indiquant qu'il se ferait stériliser dans un délai de trois mois. Cependant, l'appelant a affirmé qu'il [TRADUCTION] «n'avai[t] [. . .] jamais envisagé de subir ce type d'opération cruelle».

Au cours de la dernière des cinq visites au domicile de l'appelant, les agents du BSP ont exigé le paiement de l'amende pour la violation de la politique de l'enfant unique. L'appelant a dit aux agents que sa famille n'avait pas suffisamment d'argent pour payer cette amende.

L'appelant a quitté la Chine le 19 juillet 1990, trois semaines après la cinquième visite des agents du BSP et avant l'expiration du délai de trois mois au cours duquel il avait accepté de se faire stériliser. L'appelant s'est d'abord rendu à Hong Kong et, le 23 juillet 1990, il est arrivé au Canada où il a immédiatement revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention. La Commission a entendu l'affaire 16 mois après le départ de l'appelant de la Chine.

Devant la Commission, l'appelant a prétendu que, après son départ, sa famille a continué d'être harcelée par le BSP pour la violation de la politique de l'enfant unique. L'avocat de l'appelant a déposé en preuve deux lettres que lui avait envoyées son épouse restée en Chine, respectivement six mois et dix mois après qu'il soit arrivé au

neighbourhood visits in which the authorities continued to seek the appellant, demanding his arrest and sterilization. According to the second letter, the authorities seized certain items of the family's personal property as security for the still unpaid fine. The appellant's wife expressed concern that if the fines were not paid, the couple's second child would not be able to be a registered household member, thereby affecting the child's future social benefits. Subsequent to the second letter, the appellant was informed by telephone that his wife was taken and detained overnight by the police. The appellant further testified that the neighbourhood committee prevented the appellant's wife from getting another job by refusing to exercise their authority to issue the requisite job replacement certificate. The appellant stated that if he were returned to China he could be imprisoned, permanently prevented from working, and possibly murdered. He testified that the government would not listen to his complaints and that the neighbourhood committee might attempt to exact revenge for having adversely affected the bonus of some of its members.

Judgments

Immigration and Refugee Board (Refugee Division) October 23, 1991

Before the Refugee Board, the appellant claimed refugee status on the grounds of his political opinion and his membership in a particular social group.

The Board first set forth the facts substantially as I have just given them. As Mahoney J.A. later observed, the Board neither made nor implied any adverse finding as to the credibility of his evidence, and the appellant's Personal Information Form and *viva voce* evidence are entirely consistent with one another.

Canada. Dans ces lettres, son épouse affirmait que le BSP et le comité du quartier poursuivaient leurs visites et cherchaient l'appellant pour le faire arrêter et stériliser. Dans la deuxième lettre, elle disait que les autorités avaient saisi certains effets personnels de la famille à titre de garantie pour l'amende impayée. L'épouse disait craindre que, si l'amende n'était pas payée, le deuxième enfant du couple ne pourrait être enregistré en tant que membre du ménage, compromettant ainsi les futurs avantages sociaux de l'enfant. Après la deuxième lettre, l'appellant a été informé, par téléphone, que son épouse avait été emmenée par la police et détenue une nuit entière. Dans son témoignage, l'appellant a aussi déclaré que le comité du quartier empêchait son épouse d'obtenir un autre emploi en refusant de lui délivrer, comme il avait le pouvoir de le faire, le certificat requis pour obtenir un autre emploi. Il a aussi allégué que, s'il devait retourner en Chine, il risquait d'être emprisonné, d'être contraint de façon permanente au chômage et même d'être assassiné. Il a affirmé que le gouvernement ferait la sourde oreille à ses plaintes et que le comité du quartier pourrait tenter de se venger parce que certains de ses membres seraient privés d'une prime.

Les juridictions inférieures

La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section du statut de réfugié), le 23 octobre 1991

Devant la Commission, l'appellant a revendiqué le statut de réfugié en invoquant ses opinions politiques et son appartenance à un groupe social.

Dans sa décision, la Commission a tout d'abord exposé les faits, essentiellement de la façon dont je viens de le faire. Comme l'a plus tard fait remarquer le juge Mahoney, la Commission n'a tiré aucune conclusion négative — expresse ou implicite — quant au caractère digne de foi de la preuve présentée par l'appellant, et la Fiche de renseignements personnels de ce dernier et son témoignage de vive voix concordent en tous points.

10

11

12

The Board then proceeded to examine the appellant's claim on the stated grounds. As to membership in a particular social group, the Board identified the relevant group as his family, and dismissed his claim on that basis because it did not find the claimant had good ground for fearing persecution because of his family background. This portion of its reasons read as follows:

Membership in a Particular Social Group

This panel accepts that the various members of the claimant's family, including the claimant, have suffered persecution during the Cultural Revolution due to their family background. However, no evidence was adduced to suggest that the claimant was persecuted beyond the period of the Cultural Revolution. Furthermore, he was able to subsequently obtain a university education and several managerial positions. According to all the above, this panel does not find the claimant to have good grounds for fearing persecution based on his membership in a particular social group, namely, his family background.

13

The Board then considered the appellant's claim to refugee status on the basis of well-founded fear of persecution because of his political opinion on two separate bases. First it found that the appellant did not have good grounds for fearing persecution by reason of his political opinion as manifested through his pro-democracy activities. It then dealt with the appellant's allegation of a fear of persecution by being forced to undergo sterilization, which became the principal issue on appeal. The Board dismissed this ground because it did not find sterilization to be a form of persecution for a Convention reason, but rather as a government measure to implement a general family planning policy. There was, it added, no evidence adduced to suggest the appellant would be physically abused during the sterilization process. It also noted the appellant's testimony that he did not wish to have any more children. The Board, in consequence, held that the appellant's claim on

La Commission a ensuite examiné la revendication de l'appelant au regard des motifs invoqués. Relativement à l'appartenance à un groupe social, la Commission a affirmé que le groupe en cause était la famille de l'appelant et elle a rejeté sa revendication fondée sur ce motif, estimant qu'il n'avait pas de raisons valables de craindre d'être persécuté du fait de ses antécédents familiaux. Voici, à cet égard, le passage pertinent des motifs de la Convention:

[TRADUCTION] Appartenance à un groupe social

Le tribunal accepte le témoignage selon lequel les membres de la famille du demandeur, dont le demandeur lui-même, ont été persécutés pendant la Révolution culturelle du fait de leurs antécédents familiaux. Toutefois, il n'a été présenté aucun élément de preuve tendant à indiquer que le demandeur a été persécuté après cette période. Qui plus est, le demandeur a pu ultérieurement faire des études universitaires et occuper plusieurs postes de gestion. Compte tenu de tout ce qui précède, ce tribunal ne juge pas que le demandeur a des motifs valables de craindre la persécution du fait de son appartenance à un groupe social, savoir, sa famille.

Ensuite, la Commission a examiné la revendication du statut de réfugié de l'appelant au regard de sa crainte d'être persécuté du fait de ses opinions politiques, à partir de deux fondements distincts. Premièrement, elle a conclu que l'appelant n'avait pas de raisons valables de craindre d'être persécuté du fait des opinions politiques qu'il avait exprimées par ses activités pro-démocratiques. Elle a ensuite étudié l'allégation de l'appelant qu'il craignait d'être persécuté en étant forcé de subir la stérilisation, question qui est devenue le principal point en litige en appel. La Commission a rejeté ce motif, jugeant que la stérilisation n'était pas une forme de persécution pour un motif visé par la Convention, mais qu'elle constituait plutôt une mesure prise par le gouvernement chinois pour mettre en œuvre une politique de planification familiale d'application générale. De plus, elle a ajouté qu'aucune preuve n'avait été présentée indiquant que le demandeur subirait des sévices pendant l'opération. Elle a aussi précisé que le demandeur avait dit, dans son témoignage, qu'il ne voulait plus avoir d'enfants. La Commission a, en conséquence, conclu que la crainte du demandeur

this ground to be unfounded. Its reasons regarding political opinion read:

Political Opinion

Sometime between July and August 1989, the claimant voluntarily handed in a written confession of his pro-democracy activities to the PSB. Thereafter, the claimant remained in the PRC until July 1990. Subsequent to his confession, the PSB officers visited the claimant's restaurant on numerous occasions to conduct interrogations of the claimant, his staff, and his customers on the subject of the pro-democracy movement. The claimant was present during three such interrogations. Despite their knowledge of the claimant's participation in the pro-democracy activities, the PSB never arrested or detained him, even though they had ample opportunity. Furthermore, no evidence was adduced to suggest that the investigation into the matter of the claimant's involvement with the pro-democracy movement went beyond April 1990. Finally, the claimant's family encountered no difficulties in renewing the claimant's driver's licence (exhibit # 3) with the PSB in December 1990, five months after the claimant had fled the PRC. Based on the evidence, this panel does not find the claimant to have good grounds for fearing persecution by reason of his political opinion as manifested through his pro-democracy activities.

The claimant alleged a fear of persecution by being forced to undergo sterilization. This panel does not find sterilization in itself to be a form of persecution for a Convention reason but rather we accept it as a measure on the part of the PRC government to implement a family planning policy applicable to all of its citizens. Furthermore, the claimant testified that he does not wish to have any more children and no evidence was adduced to suggest that the claimant would be physically abused during the sterilization process. According to all the above, this panel does not find the claimant's fear of persecution in the form of a forced sterilization to be well-founded.

The Board accordingly found that the appellant was not a Convention refugee.

d'être persécuté pour ce motif n'était pas fondée. Voici les motifs de la Commission relativement aux opinions politiques:

[TRADUCTION] Les opinions politiques

Entre les mois de juillet et d'août 1989, le demandeur a volontairement remis au BSP une confession écrite concernant ses activités pro-démocratiques. Par la suite, le demandeur est demeuré dans la RPC jusqu'en juillet 1990. À la suite de cette confession, les agents du BSP ont visité le restaurant du demandeur à de nombreuses reprises pour interroger le demandeur, le personnel et les clients relativement au mouvement pro-démocratique. Le demandeur a assisté à trois de ces interrogatoires. Bien qu'ils aient été au courant de la participation du demandeur aux activités pro-démocratiques, les membres du BSP ne l'ont jamais arrêté ni détenu, même s'ils ont eu amplement l'occasion de le faire. Par ailleurs, il n'a été présenté aucune preuve indiquant que l'enquête concernant la participation du demandeur au mouvement pro-démocratique s'est poursuivie après avril 1990. Enfin, la famille du demandeur n'a eu aucune difficulté à faire renouveler par le BSP le permis de conduire du demandeur (pièce n° 3) en décembre 1990, cinq mois après la fuite de ce dernier de la RPC. Compte tenu de la preuve, le tribunal estime que le demandeur n'a pas de motifs valables de craindre d'être persécuté du fait des opinions politiques qu'il a exprimées par ses activités pro-démocratiques.

Le demandeur a allégué qu'il craignait d'être persécuté en étant forcé de subir la stérilisation. Ce tribunal conclut que la stérilisation n'est pas en soi une forme de persécution pour un motif visé par la Convention; nous estimons plutôt qu'il s'agit d'une mesure du gouvernement chinois pour mettre en oeuvre une politique de planification familiale applicable à tous ses citoyens. En outre, le demandeur a attesté qu'il ne voulait plus avoir d'enfants et aucune preuve n'a été présentée indiquant que le demandeur subirait des sévices pendant l'intervention de stérilisation. Vu tout ce qui précède, ce tribunal conclut que la crainte du demandeur d'être persécuté par le biais d'une stérilisation forcée n'est pas fondée.

La Commission a, en conséquence, statué que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention.

Federal Court of Appeal, [1993] 3 F.C. 675

Cour d'appel fédérale, [1993] 3 C.F. 675

15 An appeal to the Court of Appeal was dismissed by a majority; Heald and Desjardins J.J.A. gave separate reasons. Mahoney J.A. dissented.

La Cour d'appel fédérale a, à la majorité, rejeté l'appel; les juges Heald et Desjardins rédigeant des motifs distincts et le juge Mahoney étant dissident.

Heald J.A.

Le juge Heald

16 Heald J.A. initially noted the appellant's oral submission that the sole issue he would be raising was "the sterilization issue". He added that there was support on the record for the Board's finding that the appellant was neither persecuted because of his family membership nor because of his political opinion, so that these findings should not be disturbed. This left as the sole issue whether coerced sterilization could give rise to a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion.

Le juge Heald a tout d'abord fait remarquer que, dans ses observations orales, l'appelant avait affirmé que la seule question qu'il soulèverait serait la [TRADUCTION] «question de la stérilisation». Le juge a ajouté que la preuve au dossier appuyait la conclusion de la Commission que l'appelant n'était persécuté ni du fait de ses antécédents familiaux ni de ses opinions politiques, et donc que ces conclusions ne devraient pas être modifiées. La seule question en litige qui restait alors était de savoir si la stérilisation forcée pouvait amener une personne à craindre avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques.

17 On the latter issue, Heald J.A. observed, at p. 686, that in *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.), a decision rendered shortly before the present case, the court had concluded, at p. 322, that "forced or strongly coerced sterilization" constituted persecution since sterilization violated a woman's security of the person and subjected her to cruel, inhuman and degrading treatment. He agreed that it had not been shown that sterilization of a man was qualitatively different from that of a woman and that, therefore, forced or strongly coerced sterilization would amount to persecution.

Relativement à ce dernier point, le juge Heald a souligné, à la p. 686, que, dans l'arrêt *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.), décision rendue peu de temps avant la présente affaire, la Cour d'appel fédérale avait conclu, à la p. 322, que, dans le cas d'une femme, «la stérilisation forcée ou fermement imposée» constituait de la persécution, étant donné que cet acte était une violation de la sécurité de la personne de cette femme et qu'il soumettait celle-ci à des traitements cruels, inhumains et dégradants. Il a reconnu que, comme il n'avait pas été démontré que la stérilisation de l'homme est qualitativement différente de celle de la femme, la stérilisation forcée ou fermement imposée constituait donc de la persécution.

18 Heald J.A. then noted, however, that in *Cheung* a distinction had been made between women who have more than one child and have a reasonable fear of forced sterilization and those who have more than one child but do not have such a fear. Only the former could claim a well-founded fear of persecution under the Refugee Convention. He recognized that forced sterilization is not a law of

Cependant, le juge Heald a ensuite indiqué que, dans l'arrêt *Cheung*, on faisait une distinction entre les femmes qui ont plus d'un enfant et craignent avec raison la stérilisation forcée et celles qui ont plus d'un enfant et qui n'ont pas cette crainte. Seules les premières peuvent, en vertu de la Convention relative au statut de réfugié, affirmer craindre avec raison d'être persécutées. Il a reconnu

general application in China, but rather an enforcement measure taken by some local authorities and tacitly accepted by the central government. He observed that the reasonable chance that acceptable sanctions such as economic measures might exist made the determination of whether or not a person has a well-founded fear of persecution a subtle finding of fact.

Heald J.A. contrasted the record of the present case to the uncontested testimony in *Cheung*, and found on the evidence that the appellant had a well-founded fear of persecution equivocal. He seized upon specific portions of the appellant's translated testimony as revealing ambiguity by the appellant on whether or not he faced a reasonable chance of sterilization. Heald J.A. observed that the appellant's testimony evidenced the imposition of important economic sanctions which, as *Cheung* indicated, were not sufficient to establish persecution. Upon a consideration of the evidence, Heald J.A. remained unconvinced that the appellant had a well-founded fear of persecution in the form of sterilization. Nonetheless, he proceeded to consider the second branch of the Convention refugee test, the enumerated grounds, i.e., membership in a "particular social group" and "political opinion".

Heald J.A., at p. 691, considered the appellant's particular social group as "parents in China with more than one child who disagree with forced sterilization". That group did not, he noted, fall within any of the three categories set out in the working rule in *Ward*, at p. 739, namely:

- (1) groups defined by an innate or unchangeable characteristic;
- (2) groups whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association; and

que, en Chine, la stérilisation forcée n'est pas une règle de droit d'application générale, mais plutôt une mesure visant à faire respecter la politique, qui est prise par certaines autorités locales et qui est tout au plus tacitement acceptée par le gouvernement central. Il a indiqué que, en raison du fait qu'il y a une possibilité raisonnable que soient appliquées des sanctions acceptables, par exemple des sanctions pécuniaires, la réponse à la question de savoir si une personne craint avec raison d'être persécutée est une conclusion de fait subtile.

Après avoir comparé la preuve disponible en l'espèce et le témoignage non contesté qui avait été présenté dans l'arrêt *Cheung*, le juge Heald a conclu que la preuve selon laquelle l'appelant craignait avec raison d'être persécuté était équivoque. Il a considéré que certains passages de la traduction du témoignage de l'appelant révélaient de l'ambiguïté chez ce dernier relativement à la question de savoir s'il y avait une possibilité raisonnable qu'il soit stérilisé. Le juge Heald a souligné que le témoignage de l'appelant attestait l'application de sanctions pécuniaires importantes, situation qui, comme l'indique l'arrêt *Cheung*, ne suffit pas pour établir la persécution. Après avoir examiné la preuve, le juge Heald a dit ne pas être convaincu que l'appelant craignait avec raison d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser. Néanmoins, il a ensuite examiné la deuxième composante du critère établi par la définition de réfugié au sens de la Convention, savoir les motifs énumérés: en l'occurrence l'appartenance à «un groupe social» et les «opinions politiques».

Le juge Heald a dit, à la p. 691, que le groupe social auquel appartiendrait l'appelant devrait être défini comme étant «les parents en Chine qui ont plus d'un enfant [et] qui ne sont pas d'accord avec la stérilisation forcée». Cependant, a-t-il affirmé, ce groupe ne tombe pas dans l'une des trois catégories énumérées dans l'arrêt *Ward*, à la p. 739:

- (1) les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable;
- (2) les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association; et

(3) groups associated by a former voluntary status, unalterable due to its historical permanence.

The group did not fall within the first category because the number of offspring one has is neither innate nor unchangeable. The conditions of the second category were also not met because of the lack of voluntary association amongst members of this group. Finally, he noted that the group failed the third *Ward* category because it had no historical permanence.

21

Heald J.A. then elaborated upon his finding that the appellant's particular social group failed to meet any of the *Ward* categories. He noted that while parents who have breached the one-child policy are identifiable, the sub-group of those persons faced with sterilization could not be recognized until after the treatment had been ordered. Indeed, he found that the group was defined solely by the fact that its members face a particular form of persecutory treatment; the finding of membership in a particular social group was dictated by the finding of persecution. Heald J.A. found that to employ this logic would reverse the statutory definition in which persecution must be driven by one of the enumerated grounds and not the inverse. He also noted, at p. 693, that *Ward* had rejected an approach whereby groups were defined "merely by virtue of their common victimization as the objects of persecution". He decided that the appellant's fear clearly stemmed from what he did as opposed to what he was.

22

Heald J.A. then considered the argument that a failure by a citizen to agree to sterilization under the policy in force in China was tantamount to a political statement in that it would be perceived as an anti-governmental political opinion, which would constitute a well-founded fear of persecution. He examined the appellant's testimony and found there was little evidence to support such a finding. Although this Court in *Ward*, at p. 746, adopted a broad definition of political opinion — "any opinion on any matter in which the machinery of state, government, and policy may be

(3) les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique.

Le groupe ne tombait pas dans la première catégorie parce que le nombre d'enfants qu'une personne a n'est ni inné, ni immuable. Le groupe ne respectait pas non plus les conditions de la deuxième catégorie vu l'absence d'association volontaire entre ses membres. Enfin, le juge Heald a précisé que le groupe n'appartenait pas non plus à la troisième catégorie établie dans l'arrêt *Ward*, parce qu'il n'avait pas de permanence historique.

Le juge Heald a ensuite précisé sa conclusion que le groupe social de l'appelant ne relevait d'aucune des catégories fixées dans l'arrêt *Ward*. À son avis, alors que les parents qui ont enfreint la politique de l'enfant unique peuvent être identifiés, rien n'indique que le sous-groupe (composé des personnes qui font face à la stérilisation) peut être identifié tant que l'opération n'a pas été ordonnée. De fait, le juge a conclu que le groupe n'est défini que par le fait que ses membres font face à une forme particulière de persécution; autrement dit, l'appartenance à un groupe social est déterminée par l'existence de persécution. Le juge Heald a statué que l'application d'un tel raisonnement allait à l'encontre de la définition donnée par la loi et selon laquelle la persécution doit être fondée sur l'un des motifs énumérés et non l'inverse. Il a aussi indiqué, à la p. 693, que, dans l'arrêt *Ward*, on avait rejeté l'analyse fondée sur l'existence de groupes définis «du seul fait de leur victimisation commune en tant qu'objets de persécution». Il a jugé que la crainte de l'appelant découlait clairement de ce qu'il a fait et non pas de ce qu'il était.

Le juge Heald a ensuite examiné l'argument que le refus d'un citoyen de se faire stériliser en application de la politique en vigueur en Chine équivalait à une prise de position politique en ce que ce refus serait perçu comme une opinion politique antigouvernementale, qui serait à la base d'une crainte fondée de persécution. Il a analysé le témoignage de l'appelant et statué qu'il y avait peu d'éléments de preuve étayant une telle conclusion. Bien que notre Cour ait adopté, dans l'arrêt *Ward*, à la p. 746, une définition générale de l'expression opinions politiques — «toute opinion sur une

engaged” —, some limits on the definition of political opinion were required to prevent the enumerated grounds from being obviated. The persecutory treatment emanated not from a refusal to submit to sterilization but from breach of the one-child policy which he likened to a breach of a provision of Canada’s *Criminal Code*, generally not viewed as a political statement. He could see no evidence that the authorities perceived the appellant’s acts as a political statement or as a challenge to their authority. Heald J.A. then considered that the population policy was well within the jurisdiction of the Chinese government, and could not, in itself, be categorized as persecutory. While Heald J.A. abhorred the penalty, he concluded, at p. 696, that the appellant had not succeeded in establishing that the alleged persecution was by reason of “political opinion”.

Desjardins J.A.

The other majority judge, Desjardins J.A., noted that while she found the appellant’s testimony and evidence not free from ambiguity, she would not decide this appeal on its facts alone, choosing instead to address the highly complex issues regarding the meaning of the terms “particular social group”, “political opinion”, and “persecution”.

Desjardins J.A. quickly disposed of the contention that the appellant belonged to a “particular social group” under the second or third branches of the *Ward* working rule because these involved a voluntary status and there was none here. Turning then to the first branch, “a group ‘defined by an innate or unchangeable characteristic’”, she found that the “innate or unchangeable characteristic” had to be distinguished from the basic human right which the group might defend. The innate characteristic had to be so strong that it would make a group of individuals what they are, independently of that for which they fight. While she accepted that forced sterilization violated the basic human

question dans laquelle l’appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé» —, il était nécessaire de restreindre, dans une certaine mesure, cette définition afin d’éviter que les motifs énumérés ne deviennent inutiles. La persécution ne découlait pas du refus de subir la stérilisation mais plutôt de la violation de la politique de l’enfant unique, violation que le juge a comparée à la violation de dispositions du *Code criminel* au Canada, geste qui n’est généralement pas perçu comme une prise de position politique. À son avis, il n’y avait pas de preuve que les autorités percevaient les actes de l’appelant comme une prise de position politique ou comme une tentative de saper leur autorité. Le juge Heald a ensuite affirmé que la politique de contrôle démographique relevait tout à fait de la compétence du gouvernement chinois et ne pouvait en soi être considérée comme une source de persécution. Même s’il a affirmé que la pénalité prévue lui faisait horreur, le juge Heald a conclu, à la p. 696, que l’appelant n’avait pas réussi à établir que la persécution alléguée découlait de ses «opinions politiques».

Le juge Desjardins

L’autre juge de la majorité, le juge Desjardins, a souligné que même si le témoignage de l’appelant et la preuve comportaient une part d’ambiguïté, elle n’entendait pas trancher l’appel en se fondant uniquement sur les faits. Elle a plutôt choisi d’examiner les questions fort complexes que soulève l’interprétation des termes «groupe social», «opinions politiques» et «persécutée».

Le juge Desjardins a rapidement rejeté l’allégation selon laquelle l’appelant appartenait à un «groupe social» visé par la deuxième ou la troisième catégorie prévue par la règle pratique formulée dans l’arrêt *Ward*, étant donné que ces catégories exigent l’existence d’un statut volontaire qui faisait défaut en l’espèce. Examinant ensuite la première catégorie — «un groupe «défini par une caractéristique innée ou immuable»» — elle a conclu qu’il fallait faire une distinction entre la «caractéristique innée ou immuable» et le droit fondamental de la personne que ce groupe défend. La caractéristique innée doit être un facteur si important qu’elle constitue l’essence d’un groupe

23

24

right of reproductive control, Desjardins J.A. found that while the basic rights of the group were threatened, the appellant's group was not affiliated in so fundamental a manner as to qualify as a particular social group. A violation of a basic human right did not, by itself, create a "particular social group". She stated, at p. 721:

The appellant is essentially targeted because of what he did (i.e., he violated the one-child policy) and not because of what he is (i.e., a Chinese father). The reprimand, i.e., forced sterilization, is in violation of his basic human right, but this right is common to humanity, not common to his group. He objects, rightly so, to forced sterilization. But that is what he is fighting against. It cannot be an "innate" characteristic of his group. [Emphasis in original.]

d'individus, indépendamment de la cause qu'ils défendent. Même si elle a accepté que la stérilisation forcée violait le droit fondamental à la procréation, le juge Desjardins a néanmoins conclu que les membres du groupe concerné, dont les droits fondamentaux sont menacés, ne sont pas liés entre eux de façon si essentielle qu'ils satisfont au critère qui ferait d'eux un «groupe social». La violation d'un droit fondamental de la personne ne crée pas par elle-même un «groupe social». Le juge Desjardins a déclaré ce qui suit, à la p. 721:

Essentiellement, l'appelant est visé à cause de ce qu'il a fait (c'est-à-dire d'avoir violé la politique de l'enfant unique) et non à cause de ce qu'il est (c'est-à-dire, un père chinois). La sanction, savoir la stérilisation forcée, est une violation de son droit fondamental de la personne, mais ce droit appartient à tous les êtres humains et non seulement aux membres de son groupe. Il s'oppose avec raison à la stérilisation forcée. Cependant, il s'agit de l'objet de sa lutte. Cela ne peut être une caractéristique «innée» de son groupe. [Souligné dans l'original.]

25 She further found that the procedure carried out by some local officials in China was not a sterilization policy to prevent childbearing, but was instead a measure of punishment for excess births. She noted that the policy itself had not been challenged before the court and therefore remained legitimate.

Elle a aussi conclu que la mesure prise en Chine par certaines autorités locales ne consistait pas à appliquer une politique de stérilisation pour empêcher la procréation, mais à imposer des peines pour les naissances qui dépassent le nombre permis. Elle a fait remarquer que, comme cette politique n'avait pas été contestée devant la cour, elle demeurerait donc légitime.

26 Desjardins J.A. then examined whether there was any basis for a claim on the ground of political opinion, under the guidelines provided by this Court in *Ward*. She considered whether the appellant's action, motivated in defence of his basic human rights, could be viewed by the Chinese local authorities as a gesture of defiance to the national authority, particularly since that country was governed by an authoritarian form of government. Absent specific evidence, however, she hesitated to make such an inference considering that local authorities enforced the sterilization policy.

Le juge Desjardins s'est ensuite demandée si la revendication pouvait être fondée sur la crainte d'être persécuté du fait des opinions politiques, compte tenu des lignes directrices formulées par notre Cour dans l'arrêt *Ward*. Elle a examiné si la conduite de l'appelant, motivée par le souci de défendre ses droits fondamentaux, pouvait être considérée par les autorités chinoises locales comme un geste de défi à l'endroit de l'autorité nationale, étant donné particulièrement que le gouvernement au pouvoir est un régime autoritaire. Cependant, en l'absence de preuve précise en ce sens, elle a hésité à tirer une telle inférence, vu que ce sont les autorités locales qui mettent en œuvre la politique de stérilisation.

Desjardins J.A. added, however, that she preferred not to decide the case on the sole basis of lack of evidence, so she proceeded to a substantive examination of the issues as framed by the appellant. The claimant's objection, she noted, related to the means employed by some local authorities to enforce a general policy. This, she stated, raised two questions: first, whether forced sterilization as a measure of population control amounted to "persecution" under the Convention relating to the status of refugees and the *Immigration Act*, and second what the scope of the Convention itself should be.

As to the first question, Desjardins J.A. acknowledged that the term persecution itself was broad but, as the record was silent as to the medical procedure followed, she found, at p. 724, that she "must assume . . . that it is carried out through a normal [medical] procedure currently in use by those who voluntarily opt for this procedure elsewhere, including this country".

As to the second question, Desjardins J.A. held, at p. 724, that since the validity of the Chinese government's population control policy was not in question, it could not be said "that when a foreign government employs means that violate basic human rights, as known in Canada, so as to ensure the respect of a valid social objective, such means amount to 'persecution' under the Convention". She found that the Convention was not meant to protect those who resist the realization of valid state objectives but rather those who become victims by virtue of the pursuit of illegitimate goals by the state.

Mahoney J.A. (dissenting)

Like Heald J.A., Mahoney J.A. began by observing that the appellant's counsel had chosen not to argue any of the grounds raised in her mem-

27
Le juge Desjardins a toutefois ajouté qu'elle préférerait ne pas trancher l'appel en se fondant uniquement sur une absence de preuve à cet égard. En conséquence, elle a fait un examen approfondi des points en litige, tels qu'ils ont été présentés par l'appelant. Elle a souligné que le fait que le demandeur s'oppose aux moyens employés par certaines autorités locales en Chine pour faire respecter une politique générale soulevait deux questions. Premièrement, la stérilisation forcée employée comme mesure de contrôle démographique équivaut-elle à de la «persécution» visée par la Convention et la *Loi sur l'immigration*? Deuxièmement, quelle est la portée de la Convention?

28
En ce qui concerne la première question, le juge Desjardins a reconnu que le mot «persécution» avait un sens large, mais, comme le dossier ne donnait pas d'indication sur la procédure médicale suivie, elle a jugé, à la p. 724, qu'elle «[devait] [. . .] présumer que la stérilisation se fait conformément aux méthodes normales actuellement employées pour ceux qui choisissent volontairement de subir cette intervention dans d'autres pays, y compris celui-ci».

29
En ce qui concerne la deuxième question, le juge Desjardins a conclu, à la p. 724, que, étant donné que la validité de la politique du gouvernement chinois en matière de contrôle démographique n'était pas en cause, il était impossible d'affirmer qu'en principe «lorsqu'un gouvernement étranger emploie des moyens qui violent des droits fondamentaux de la personne, tels qu'ils sont connus au Canada, pour assurer le respect d'un objectif social valide, ces moyens équivalent à de la «persécution» au sens de la Convention». Elle a statué que la Convention ne visait pas à protéger ceux qui résistent à la réalisation d'objectifs valides de l'État, mais plutôt ceux qui deviennent victimes parce que l'État poursuit des buts illégitimes.

Le juge Mahoney (dissident)

30
À l'instar du juge Heald, le juge Mahoney a commencé par signaler, à la p. 705, que l'avocate de l'appelant avait choisi de ne plaider aucun des

orandum but, instead, relying entirely on the *Cheung* case, *supra*, asserted, at p. 705, a claim based solely on the appellant's fear of sterilization as a member of a particular social group, namely, "parents in China with more than one child who do not agree with the Government's sterilization policy". Under these circumstances, he found it necessary to confine himself to the sterilization ground.

31 Having examined the record, he then cited, at p. 702, the penultimate paragraph of the refugee panel's reasons as being the "entirety of the decision" dealing with the appellant's fear of sterilization, which reads:

The claimant alleged a fear of persecution by being forced to undergo sterilization. This panel does not find sterilization in itself to be a form of persecution for a Convention reason but rather we accept it as a measure on the part of the PRC government to implement a family planning policy applicable to all of its citizens. Furthermore, the claimant testified that he does not wish to have any more children and no evidence was adduced to suggest that the claimant would be physically abused during the sterilization process. According to all the above, this panel does not find the claimant's fear of persecution in the form of a forced sterilization to be well-founded.

32 Mahoney J.A. then reviewed the Board's decision, at p. 702. He first observed that "[t]he suggestion that evidence is necessary to establish that forced sterilization entails physical abuse calls into question the panel's understanding of what is meant by 'physical abuse' in any ordinary sense of the term". He then added that the appellant's testimony that he did not wish to have more children and another remark expressing his personal intention did not support a conclusion that his fear of persecution in the form of forced sterilization was not well-founded, because there was no suggestion that the authorities shared his opinion or that he thought they did.

motifs soulevés dans son mémoire, mais que, s'appuyant entièrement sur l'arrêt *Cheung*, précité, elle avait plutôt fait valoir une revendication fondée uniquement sur la crainte de l'appelant d'être stérilisé en tant que membre d'un groupe social, c'est-à-dire les «parents en Chine qui ont plus d'un enfant et qui ne sont pas d'accord avec la politique de stérilisation du gouvernement». Dans ces circonstances, le juge Mahoney a estimé qu'il devait se limiter au motif de la stérilisation.

Après avoir fait la revue du dossier, le juge Mahoney a, à la p. 702, cité l'avant-dernier paragraphe des motifs de la section du statut de réfugié, qu'il a présenté comme étant le «texte intégral de la décision» en ce qui concerne la crainte de stérilisation de l'appelant et qui est rédigé ainsi:

[TRADUCTION] Le demandeur a allégué qu'il craignait d'être persécuté en étant forcé de subir la stérilisation. Ce tribunal conclut que la stérilisation n'est pas en soi une forme de persécution pour un motif visé par la Convention; nous estimons plutôt qu'il s'agit d'une mesure du gouvernement chinois pour mettre en œuvre une politique de planification familiale applicable à tous ses citoyens. En outre, le demandeur a attesté qu'il ne voulait plus avoir d'enfants et aucune preuve n'a été présentée indiquant que le demandeur subirait des sévices pendant l'intervention de stérilisation. Vu tout ce qui précède, ce tribunal conclut que la crainte du demandeur d'être persécuté par le biais d'une stérilisation forcée n'est pas fondée.

Le juge Mahoney a ensuite examiné, à la p. 702, la décision de la Commission. Il a tout d'abord fait remarquer que «[l]e fait de laisser entendre qu'une preuve est nécessaire pour établir que la stérilisation forcée entraîne des sévices met en doute la compréhension du tribunal de ce que signifie le mot «sévice» dans son sens courant». Le juge Mahoney a ensuite ajouté que la déclaration par l'appelant, dans son témoignage, qu'il ne souhaitait plus avoir d'enfants ainsi qu'une autre remarque de ce dernier sur ses intentions ne permettaient pas de conclure que sa crainte d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser n'était pas fondée, étant donné que rien n'indiquait que cette opinion était partagée par les autorités ou que le demandeur croyait que ces dernières la partageaient.

Mahoney J.A. then concluded these preliminary comments, at p. 702, by stating that “[t]he validity of the tribunal’s finding that ‘sterilization (is not) a form of persecution for a Convention reason’ depends entirely on the qualification ‘for a Convention reason’”.

The remainder of his reasons are devoted to that issue. In undertaking that task Mahoney J.A. first considered the case of *Cheung*, in which a unanimous panel of the Federal Court of Appeal consisting of himself, Linden and Stone J.J.A. had previously decided that forced sterilization fell within the definition of persecution as contemplated by the Convention refugee definition. He cited (at p. 703) from the reasons of Linden J.A. who stated:

Cloaking persecution with a veneer of legality does not render it less persecutory. Brutality in pursuit of a legitimate end is still brutality.

The forced sterilization of a woman is a fundamental violation of basic human rights. It violates Articles 3 [life, liberty and security of the person] and 5 [cruel, inhuman or degrading treatment or punishment] of the United Nations *Universal Declaration of Human Rights*.

Mahoney J.A. then referred, at p. 704, to *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, in which this Court found, in the case of a female incompetent, that non-therapeutic sterilization without consent was a “grave intrusion on a person’s rights” and an “irreversible and serious intrusion on the basic rights of the individual”. He found no distinction between the sexes that would alter this characterization. Mahoney J.A. stated, at p. 704, that “[w]hatever view may be taken of the other sanctions by which the population control policy is enforced, involuntary sterilization — physical abuse that is an irreversible and serious intrusion on the basic rights of the individual — is persecution”. The evidence, he noted, indicated that the central government, by its passivity, either tolerated or abetted the excesses of local officials in their enforcement of its population control policy by means it officially disavowed. He concluded that a well-founded fear of sterilization amounted to a well-founded fear of persecution and, on the

Le juge Mahoney a ensuite clos ces observations préliminaires, aux pp. 702 et 703, en affirmant que «[l]a validité de la conclusion du tribunal selon laquelle [TRADUCTION] «la stérilisation (n’est pas) une forme de persécution pour un motif visé par la Convention» dépend entièrement de la qualification «pour un motif visé par la Convention»».

Le reste de ses motifs est consacré à cette question. Le juge Mahoney a d’abord commencé par examiner l’arrêt *Cheung*, dans lequel la Cour d’appel fédérale avait, plus tôt, décidé à l’unanimité (les juges Linden, Stone et lui-même) que la stérilisation forcée constituait de la persécution visée par la définition de réfugié au sens de la Convention. Il a cité (à la p. 703) l’extrait suivant des motifs du juge Linden:

Camoufler la persécution sous un vernis de légalité ne modifie pas son caractère. La brutalité visant une fin légitime reste toujours de la brutalité.

La stérilisation forcée des femmes est une violation essentielle des droits fondamentaux de la personne. Elle va à l’encontre des articles 3 [droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de la personne] et 5 [peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants] de la *Déclaration universelle des droits de l’homme* des Nations Unies.

Le juge Mahoney a ensuite fait état, à la p. 704, de l’arrêt *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, dans lequel notre Cour a statué, dans une affaire concernant une femme atteinte de déficience mentale, que la stérilisation non thérapeutique pratiquée sans consentement constituait une «grave atteinte au droit d’une personne» et une «atteinte irréversible et grave aux droits fondamentaux d’une personne». Il a jugé qu’il n’existait, entre les sexes, aucune distinction qui amènerait à caractériser autrement cette situation. Le juge Mahoney a affirmé, à la p. 704, que: «[q]uoique l’on puisse penser des autres sanctions par lesquelles la politique de contrôle démographique est appliquée, la stérilisation non sollicitée — un sévice qui représente une atteinte irréversible et grave aux droits fondamentaux d’une personne — constitue de la persécution». La preuve indiquait, a-t-il déclaré, que le gouvernement central, par sa passivité, tolère ou encourage les abus des fonctionnaires locaux dans l’application de sa politique de con-

33

34

35

evidence, that the appellant's fear of sterilization were he returned to China was both subjectively and objectively well-founded.

trôle démographique par des moyens qu'il désavoue officiellement. Le juge Mahoney a conclu que la personne qui craint avec raison d'être stérilisée de force craint avec raison d'être persécutée et que, à la lumière de la preuve, la crainte de l'appellant d'être stérilisé de force s'il devait retourner en Chine était fondée, tant objectivement que subjectivement.

36 Mahoney J.A. then proceeded to determine whether the reason for persecution was membership in a particular social group and, if so, whether that social group fell within one of the categories identified in *Ward*. He found no meaningful distinction between the particular social group identified in *Cheung* and the present case. That case, he stated, held that women in China who have more than one child and were faced with forced sterilization are to be considered as a "particular social group". He dismissed as unacceptable the submission of the appellant's counsel that the social group in issue was women in China with more than one child who do not agree with the government's sterilization policy.

Le juge Mahoney s'est ensuite demandé si le motif de la persécution était l'appartenance à un groupe social et, si oui, si le groupe social en question relevait d'une des catégories établies dans l'arrêt *Ward*. Il n'a vu aucune distinction significative entre le groupe social visé dans l'arrêt *Cheung* et celui en cause de l'espèce. Dans cet arrêt, a-t-il affirmé, la Cour d'appel fédérale a statué que, en Chine, les femmes qui ont plus d'un enfant et font face à la stérilisation forcée doivent être considérées comme un «groupe social». Il a jugé inacceptable l'argument de l'avocate de l'appellant que le groupe social en cause était composé des parents en Chine qui ont plus d'un enfant et qui ne sont pas d'accord avec la politique de stérilisation du gouvernement.

37 Mahoney J.A. then observed that if under the refugee determination process it was decided that the reason for the persecution was membership in a particular social group, the next question was whether that social group fell within one of the categories identified in *Ward*. To assist in the latter determination, he posed the question (at p. 707): "is the personal characteristic shared by members of the group analogous to race, religion, nationality or political opinion in that it is either unchangeable because it is innate or a fact rendered permanent by history or, although changeable, so fundamental to their human dignity that they should not be forced to abandon it?" He then applied the *Ward* working rule and decided, at pp. 707-8, that:

Le juge Mahoney a ensuite fait remarquer que si l'on décide, dans le cadre de la détermination du statut de réfugié, que le motif de la persécution est l'appartenance à un groupe social, il faut ensuite se demander si le groupe social fait partie de l'une des catégories identifiées dans l'arrêt *Ward*. Pour aider à statuer sur ce point, il a posé la question suivante (à la p. 707): «la caractéristique personnelle que partagent les membres du groupe est-elle analogue à la race, à la religion, à la nationalité ou aux opinions politiques du fait qu'elle [est] soit immuable parce qu'elle est innée ou parce qu'il s'agit d'un fait rendu permanent par l'histoire soit, bien que changeable, si fondamentale à leur dignité humaine, qu'ils ne devraient pas être forcés à l'abandonner?» Il a ensuite appliqué la règle pratique formulée dans l'arrêt *Ward* et statué ainsi, aux pp. 707 et 708:

As to the second and third categories, I take the notion of "voluntary association" to be an antonym to the "innate or unchangeable characteristics" of the first, and not to imply that an organization has necessarily

Pour ce qui est des deuxième et troisième catégories, je considère que la notion d'«association volontaire» s'oppose à la notion de «caractéristique innée ou immuable» de la première, et qu'elle n'implique pas

been joined or an association formed. That would appear to accord with the “normal” definition of the UNHCR Handbook.

77. A “particular social group” normally comprises persons of similar background, habits or social status.

I have been unable to conceive of a reason, fundamental to human dignity, for persons to associate formally which would not result in a membership that was either religious or expressive of political opinion and, thus, obviate the need for recourse to the particular social group class of the definition. In my opinion, it is the shared reason fundamental to their human dignity that defines and constitutes the second group. A conscious act of association is not an essential element.

I should add that he had earlier noted that the working rules in *Ward* were framed in terms of individuals rather than organized groups.

Mahoney J.A. then cited (at p. 709) a passage from *Cheung*, previously approved by this Court in *Ward*:

All of the people coming within this group are united or identified by a purpose which is so fundamental to their human dignity that they should not be required to alter it on the basis that interference with a woman’s reproductive liberty is a basic right “ranking high in our scale of values”.

And he noted, at p. 709, the observation in *Ward* that this approach placed “the focus of the inquiry . . . on the basic right of reproductive control”. Finally, Mahoney J.A. observed, at p. 709, that “[n]othing in *Cheung* suggests that the claimant had adhered to any sort of a formal association”.

In concluding Mahoney J.A. expressed his profound disagreement with the notion that the legitimacy of the population control policy excluded persecution in pursuit of it from the Convention refugee definition. He would have allowed the appeal, set aside the decision of the Refugee

nécessairement l’adhésion à une organisation ou la formation d’une association. Cette interprétation paraît conforme à la définition «normale» du Guide du HCNUR.

77. Par «un certain groupe social», on entend normalement des personnes appartenant à un groupe ayant la même origine et le même mode de vie ou le même statut social.

Je n’ai pas pu imaginer de raison, fondamentale à la dignité humaine, pour laquelle des gens s’associeraient officiellement sans que cela ne donne lieu à une appartenance qui ne soit pas, ou bien d’ordre religieux, ou bien l’expression d’une opinion politique et qui rende donc inutile le recours à la catégorie de groupe social de la définition. À mon avis, c’est la raison partagée, essentielle à la dignité humaine de ses membres qui définit et constitue le deuxième groupe. Un acte conscient d’association n’est pas un élément essentiel.

Je tiens à ajouter que le juge Mahoney avait indiqué, plus tôt dans ses motifs, que les règles pratiques établies de l’arrêt *Ward* concernaient des individus et non des groupes organisés.

Il a ensuite cité (à la p. 709) un extrait de l’arrêt *Cheung*, approuvé par notre Cour dans l’arrêt *Ward*:

Toutes celles qui entrent dans ce groupe poursuivent ou ont en commun une fin si essentielle à leur dignité humaine qu’elles ne devraient pas être obligées de la modifier pour le motif que l’ingérence dans la liberté de procréation d’une femme est un droit fondamental «qui se situe en haut de notre échelle de valeurs».

Le juge Mahoney a ensuite mentionné, à la p. 709, l’observation faite dans l’arrêt *Ward* que cette méthode «était axée sur le droit fondamental à la procréation». Enfin, il a souligné, à la p. 709, que «[r]ien dans l’arrêt *Cheung* n’indique que le demandeur avait adhéré à une association officielle quelconque».

Dans sa conclusion, le juge Mahoney a dit qu’il était en profond désaccord avec l’idée que la légitimité d’une politique de contrôle démographique puisse exclure de la définition de réfugié au sens de la Convention la persécution faite dans l’application de cette politique. Il aurait accueilli l’appel,

38

39

board and declared the appellant to be a Convention refugee on the following basis (at pp. 709-10):

I understand *Eve* to be authority for and *Ward*, by its treatment of *Cheung*, to approve the proposition that the right to reproductive control is fundamental to human dignity. If it may be correctly said that, as in *Ward*, this appellant is threatened by persecution for what he (and his wife) did, not for what they were, what they and each of them, did — exercise a fundamental human right to reproductive control — is very different in quality to what *Ward* had done and identical to what Ms. *Cheung* (and her husband) had done.

In my opinion, this case is not distinguishable from *Cheung* and nothing in *Ward* casts any doubt on the correctness of the *Cheung* decision. Quite the contrary.

The Appeal Before This Court

40

The appellant sought and was granted leave to appeal to this Court. He alleged that the Federal Court had erred in the following respects:

- (a) in deciding that forced sterilization was not persecution as contemplated in the definition of Convention refugee;
- (b) in deciding that the appellant did not face persecution on the basis of “political opinion”;
- (c) in deciding that the appellant did not fall within a “particular group” because his affiliation with the social group was based not on what he was, but what he did;
- (d) by making unnecessary and improper findings of fact and credibility in deciding whether the appellant faced a reasonable chance of persecution by sterilization; and
- (e) in departing from its recent decision in *Cheung*, which held that a person who faced sterilization for breach of China’s one-child policy was a member of a particular social group.

annulé la décision du tribunal de la Commission et déclaré l’appelant réfugié au sens de la Convention pour le motif suivant (aux pp. 709 et 710):

À mon sens, l’arrêt *Eve* a établi que le droit à la procréation est fondamental à la dignité humaine et l’arrêt *Ward*, par sa manière de traiter l’arrêt *Cheung*, entérine ce principe. S’il est vrai que, comme dans l’affaire *Ward*, l’appelant en l’espèce est menacé de persécution pour ce que lui (et son épouse) ont fait, et non pas pour ce qu’ils étaient, ce qu’ils ont fait — savoir, exercer un droit fondamental de la personne, soit le droit à la procréation — est de nature très différente de ce que *Ward* avait fait et identique à ce que M^{me} *Cheung* (et son époux) avaient fait.

À mon avis, rien ne permet de distinguer l’espèce de l’arrêt *Cheung* et rien dans l’arrêt *Ward* ne permet de douter du bien-fondé de l’arrêt *Cheung*. C’est plutôt le contraire.

Le pourvoi devant notre Cour

L’appelant, qui a demandé et obtenu l’autorisation de se pourvoir devant notre Cour, a prétendu que la Cour fédérale a fait erreur:

- a) en décidant que la stérilisation forcée ne constituait pas une forme de persécution visée par la définition de réfugié au sens de la Convention;
- b) en décidant que l’appelant ne risquait pas d’être persécuté du fait de ses «opinions politiques»;
- c) en décidant que l’appelant n’appartenait pas à un «groupe», parce que son association au groupe social était fondée non pas sur ce qu’il était, mais sur ce qu’il avait fait;
- d) en tirant des conclusions inutiles et incorrectes quant aux faits et quant à sa crédibilité lorsqu’elle s’est demandée s’il existait une possibilité raisonnable qu’il soit persécuté en étant stérilisé;
- e) en ne suivant pas la décision qu’elle avait rendue peu de temps avant dans *Cheung* et dans laquelle elle avait statué que les personnes qui font face à la stérilisation pour avoir violé la politique de l’enfant unique de la Chine appartenaient à un groupe social.

In the Court of Appeal, counsel for the respondent the Minister of Employment and Immigration had contested all the substantive legal grounds advanced by the appellant in the present case. In the appeal before this Court, however, counsel abandoned most of those positions. Thus he accepted paragraph (a) that forced sterilization constituted persecution, which he qualified as “an extreme violation of the right to security of the person”, and as such “an extreme violation of his human rights”. He further accepted on the basis of instructions from the Minister and this Court’s decision in *Ward, supra*, that the appellant could be a member of a particularized group, and that association with such a group is not limited to some sort of conscious affiliation in the sense of an awareness of membership. In short, counsel does not appear to differ from the appellant as regards the definition of a particular group. Far from disagreeing with the appellant, in common with all the interveners, he encouraged the Court to clarify these issues. Unlike his position in the Court of Appeal, his argument before our Court was that there was no evidence in the present case upon which the Board could conclude that the appellant was a member of a particular group or alternatively that it was unsafe for a court of appeal to decide the matter, in which case it should be referred back to the Board. I add that counsel took the view that the Court of Appeal did not err in holding, on the evidence, that the appellant did not face persecution by reason of political opinion. I shall deal with all these issues.

Analysis

The Factual Issue

Let me state at the outset that the respondent Minister was, in my view, correct in adopting the position he took in relation to the substantive legal issues set forth in the preceding paragraph, and I shall, as all parties requested, attempt to clarify these issues later. Before doing so, however, it is first necessary to consider the respondent’s contention that there was no evidence upon which the

Devant la Cour d’appel fédérale, l’avocat de l’intimé, le ministre de l’Emploi et de l’Immigration, avait contesté tous les arguments de fond présentés par l’appelant en l’espèce. Cependant, devant notre Cour, il a abandonné la plupart de ces positions. Ainsi, il a admis l’alinéa a), savoir que la stérilisation forcée constitue une forme de persécution, qu’il a qualifiée de [TRADUCTION] «violation extrême du droit à la sécurité de la personne» et, de ce fait, de «violation extrême des droits de [l]a personne [de l’appelant]». Suivant les instructions du ministre et s’appuyant sur l’arrêt *Ward*, précité, de notre Cour, l’avocat a aussi admis que l’appelant pouvait être membre d’un groupe identifiable, et que l’association à un tel groupe ne se limite pas aux cas où il y a affiliation délibérée, c’est-à-dire où la personne sait qu’elle est membre de ce groupe. Bref, l’opinion de l’avocat de l’intimé ne paraît pas différer de celle de l’appelant relativement à la définition de «groupe». En effet, loin d’être en désaccord avec l’appelant, il a, à l’instar de tous les intervenants, incité notre Cour à clarifier ces points. Contrairement à la position qu’il avait fait valoir en Cour d’appel fédérale, l’avocat de l’intimé a, devant notre Cour, plaidé d’une part qu’il n’y avait pas, en l’espèce, de preuve permettant à la Commission de conclure que l’appelant appartenait à un groupe, et d’autre part qu’il était hasardeux pour une cour d’appel de statuer sur la question, auquel cas l’affaire devrait être renvoyée à la Commission. Je tiens à ajouter que l’avocat de l’intimé a dit être d’avis que la Cour d’appel fédérale n’avait pas commis d’erreur en concluant, à partir de la preuve, que l’appelant ne risquait pas la persécution du fait de ses opinions politiques. Je vais examiner toutes ces questions.

Analyse

Les questions de fait

D’entrée de jeu, je tiens à souligner que, selon moi, le ministre intimé a eu raison d’adopter la position qu’il a prise à l’égard des arguments de fond énoncés au paragraphe précédent, et que je vais donner suite à la demande de toutes les parties et tenter, plus loin, d’éclaircir ces divers points. Auparavant, toutefois, il est nécessaire d’examiner la prétention de l’intimé qu’il n’y avait pas de

Board could conclude that the appellant was a member of a particular group. I say immediately that I cannot accept this contention. Rather, I agree with the alternative position of both parties that it would be unsafe for a court of appeal to decide the matter and would remit the matter back to the Board. The Board, it will be remembered, dismissed the appellant's allegation of a fear of persecution by being forced to undergo sterilization on the legal ground that it did not find sterilization to be a form of persecution for Convention reasons. It made no factual finding for or against the appellant's facing a reasonable chance of sterilization. That, coupled with the fact that in the words of the members of the majority of the Court of Appeal, the evidence on a number of crucial issues is "equivocal" or "ambiguous", in itself, justifies ordering a new hearing before the Board, the members of which have the relevant experience and training to assess such matters. I will in the course of these reasons have occasion to refer to some instances of these factual ambiguities about which, removed as we are, my colleague Justice Major and I would tend to take divergent views.

43 Since I have determined that the case should be remitted to the Board, I would ordinarily prefer not to comment further on the facts. However, since my colleague has decided that the appeal should be dismissed on a factual basis, I find it necessary to give my perspective on the facts. In doing so, however, I am cognizant that this Court is a court of law, not facts. Accordingly, as triers of fact, it is incumbent on the Board, and not this Court, to find whether or not the appellant was in fact a refugee uninhibited by any views I may have formed on the matter.

44 In undertaking a factual examination, it seems to me, one cannot ignore the contextual considerations arising out of the inherent obstacles that attend refugee hearings. In elucidating what I have

preuve permettant à la Commission de conclure que l'appelant appartenait à un groupe. Je dois dire, dès le départ, que je ne peux accepter cette prétention. Au contraire, je souscris plutôt à l'autre position, avancée par les deux parties, qu'il serait hasardeux pour une cour d'appel de statuer sur la question, et je renverrais l'affaire à la Commission. Il convient de rappeler que la Commission a rejeté l'allégation de l'appelant, selon laquelle il craignait d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser, en s'appuyant sur le fondement juridique qu'elle ne considérait pas la stérilisation comme une forme de persécution visée par la Convention. Elle n'a tiré aucune conclusion de fait favorable ou défavorable à l'appelant relativement à la question de savoir s'il y avait une possibilité raisonnable qu'il soit stérilisé. Ce fait — conjugué au fait que, pour reprendre les mots des juges de la majorité de la Cour d'appel fédérale, la preuve concernant certains aspects essentiels est «équivoque» et «ambiguë» — justifie à lui seul d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience devant la Commission, dont les membres possèdent l'expérience et la formation appropriées pour apprécier ces questions. Je vais, dans les présents motifs, faire à l'occasion état de certaines de ces ambiguïtés factuelles, ambiguïtés à l'égard desquelles, avec l'éloignement, mon collègue le juge Major et moi-même tendons à diverger d'opinion.

Étant donné que j'ai statué que l'affaire devrait être renvoyée à la Commission, normalement je m'abstiendrais de commenter davantage les faits. Cependant, comme mon collègue a décidé que, compte tenu des faits, le pourvoi devrait être rejeté, j'estime nécessaire de donner mon point de vue sur ceux-ci. Ce faisant, toutefois, je suis conscient que notre Cour est juge du droit et non des faits. En conséquence, il appartient à la Commission, en tant que juge des faits, et non à notre Cour, de décider si l'appelant est effectivement un réfugié, et ce sans être inhibée par quelque opinion que je pourrais exprimer à cet égard.

Il me semble que, dans l'analyse des faits, il est impossible de faire abstraction des facteurs d'ordre contextuel que créent les difficultés inhérentes à l'audition des revendications du statut de réfugié.

in mind, I find it necessary to consider both the purpose of a refugee hearing and the inherent obstacles that attend this particular inquiry. The challenges of an immigration hearing were well summarized in a recent article by Michael Valpy (“The suspicion of a gelded refugee process”, *Globe and Mail* (Toronto), March 7, 1995, at p. A2), who remarked:

A refugee hearing is probably one of the most difficult judicial or quasi-judicial events existing in Canada.

Its purpose is to examine someone from a different culture, speaking a different language, from a country that lies perhaps thousands of kilometres away. Its objective is to determine not so much what *has* happened but what *will* happen if that person is returned to where he or she came from. [Emphasis in original.]

A reviewing court must, in assessing a Board’s factual decision, attempt to put itself in its position. This can pose serious difficulties where the Board has made no finding on a critical issue but has simply disposed of the matter on the basis of a legal finding. This difficulty is increased because of difficulties that arose in the process of translation. Possibilities of distorted renderings of the evidence always exist, and this at times makes it difficult to understand when reduced to writing, a factor that is not absent in this case. Moreover, at a critical point in the testimony — when the appellant responded to a question concerning his disobeying the Chinese one-child policy —, the Presiding Member of the Refugee Board detected that the appellant had responded in a more comprehensive manner than the interpreter. The appellant was then told that he would have to ensure that his sentences were short enough that the interpreter would be able to translate fully. Whether or not vital information was lost through imprecise or incomplete translation of the appellant’s testimony that would be relevant in determining factual issues never considered by the Board is unknown. Unfortunately, the Board did not direct the Refugee Hearing Officer to cross-examine the appel-

Pour bien expliquer ma préoccupation à cet égard, j’estime nécessaire d’examiner et l’objet de ces audiences et les difficultés propres à la présente espèce. Dans un article récent, Michael Valpy («The suspicion of a gelded refugee process», *Globe and Mail* (Toronto), 7 mars 1995, à la p. A2) a bien résumé les difficultés que soulèvent les audiences en matière d’immigration:

[TRADUCTION] L’audition d’une revendication du statut de réfugié est probablement l’une des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires les plus difficiles au Canada.

En effet, ces audiences visent l’examen de la situation de personnes de cultures et de langues différentes, qui viennent de pays peut-être situés à des milliers de kilomètres. Les audiences ont pour objet de déterminer non pas tant ce qui *s’est* passé mais ce qui se *passera* si les personnes visées sont renvoyées dans leur pays d’origine. [En italique dans l’original.]

La cour chargée d’examiner le bien-fondé de la décision d’un tribunal de la Commission doit s’efforcer de se mettre à la place de celui-ci lorsqu’elle apprécie ses conclusions de fait. Cela peut s’avérer difficile dans les cas où le tribunal n’a tiré aucune conclusion sur un élément fondamental, et qu’il a tout simplement tranché l’affaire en s’appuyant sur un fondement d’ordre juridique. Ce problème est exacerbé par les difficultés que soulève le recours aux services d’interprètes. En effet, il y a toujours risque de dénaturation du témoignage, situation qui fait que, parfois, il n’est pas facile d’en saisir le sens après qu’il a été transcrit. Cette situation s’est présentée en l’espèce. Qui plus est, à un moment important du témoignage de l’appelant — celui-ci répondait alors à une question concernant sa violation de la politique chinoise de l’enfant unique — le président de l’audience de la section du statut de réfugié a constaté que la réponse de l’appelant était plus détaillée que la version qu’en avait donnée l’interprète. L’appelant s’est alors fait dire de répondre par des phrases suffisamment courtes pour que l’interprète soit en mesure de les traduire intégralement. Il est impossible de dire si des renseignements fondamentaux, qui seraient utiles pour trancher des questions de fait que n’a pas examinées la Commission, n’ont pas été oubliés par suite d’une traduction imprécise ou incomplète du témoignage de l’appelant. Malheureusement, la

lant, a measure that might well have enhanced the evidentiary foundations of this case.

46

These considerations reinforce my view that this Court should not simply disallow the appellant's Convention refugee claim on the basis that he failed to establish that he had an objectively well-founded fear of persecution in the form of sterilization. Instead, as I noted, I believe the appellant is entitled to have his claim reheard before a Refugee Board in accordance with the guidelines of the United Nations High Commissioner for Refugees *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, the "UNHCR Handbook". As I noted in *Ward*, at pp. 713-14, while not formally binding upon signatory states such as Canada, the UNHCR Handbook has been formed from the cumulative knowledge available concerning the refugee admission procedures and criteria of signatory states. This much-cited guide has been endorsed by the Executive Committee of the UNHCR, including Canada, and has been relied upon for guidance by the courts of signatory nations. Accordingly, the UNHCR Handbook must be treated as a highly relevant authority in considering refugee admission practices. This, of course, applies not only to the Board but also to a reviewing court.

47

Under the UNHCR Handbook heading "Establishing the facts" the following critical paragraphs appear. They need to be read as a whole but I have emphasized some parts to give an immediate flavour of their content.

196. It is a general legal principle that the burden of proof lies on the person submitting a claim. Often, however, an applicant may not be able to support his statements by documentary or other proof, and cases in which an applicant can provide evidence of all his statements will be the exception rather than the rule. In most cases a person fleeing from persecution will have arrived with the barest necessities and very frequently

Commission n'a pas ordonné à l'agent d'audience de contre-interroger l'appelant, mesure qui aurait fort bien pu permettre de disposer d'une preuve plus considérable en l'espèce.

Tous ces facteurs me renforcent dans mon opinion que notre Cour ne devrait pas rejeter la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention de l'appelant uniquement parce qu'il n'a pas établi qu'il avait objectivement raison de craindre d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser. Au contraire, comme je l'ai indiqué, je suis d'avis que l'appelant a droit au réexamen de sa revendication par un tribunal de la Commission, conformément au *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, le «Guide du HCNUR». Comme je l'ai signalé dans l'arrêt *Ward*, aux pp. 713 et 714, bien qu'il ne lie pas officiellement les États signataires, dont fait partie le Canada, le Guide du HCNUR résulte de l'expérience acquise relativement aux procédures et critères d'admission appliqués par les États signataires. Ce guide, souvent cité, a été approuvé par les États membres du comité exécutif du HCNUR, y compris le Canada, et il est utilisé, à titre indicatif, par les tribunaux des États signataires. En conséquence, le Guide du HCNUR doit être considéré comme un ouvrage très pertinent dans l'examen des pratiques relatives à l'admission des réfugiés. Il va de soi que les observations qui précèdent valent non seulement pour la Commission mais également pour les cours chargées d'examiner le bien-fondé des décisions de celle-ci.

Dans le Guide du HCNUR, sous la rubrique intitulée «Établissement des faits» on trouve les paragraphes importants qui suivent. Même si ces paragraphes doivent être interprétés ensemble, j'en ai souligné certains passages afin de bien faire ressortir leur teneur.

196. C'est un principe général de droit que la charge de la preuve incombe au demandeur. Cependant, il arrive souvent qu'un demandeur ne soit pas en mesure d'étayer ses déclarations par des preuves documentaires ou autres, et les cas où le demandeur peut fournir des preuves à l'appui de toutes ses déclarations sont l'exception bien plus que la règle. Dans la plupart des cas, une personne qui fuit la persécution arrive dans le plus grand

even without personal documents. Thus, while the burden of proof in principle rests on the applicant, the duty to ascertain and evaluate all the relevant facts is shared between the applicant and the examiner. Indeed, in some cases, it may be for the examiner to use all the means at his disposal to produce the necessary evidence in support of the application. Even such independent research may not, however, always be successful and there may also be statements that are not susceptible of proof. In such cases, if the applicant's account appears credible, he should, unless there are good reasons to the contrary, be given the benefit of the doubt.

197. The requirement of evidence should thus not be too strictly applied in view of the difficulty of proof inherent in the special situation in which an applicant for refugee status finds himself. Allowance for such possible lack of evidence does not, however, mean that unsupported statements must necessarily be accepted as true if they are inconsistent with the general account put forward by the applicant.

201. Very frequently the fact-finding process will not be complete until a wide range of circumstances has been ascertained. Taking isolated incidents out of context may be misleading. The cumulative effect of the applicant's experience must be taken into account. Where no single incident stands out above the others, sometimes a small incident may be "the last straw"; and although no single incident may be sufficient, all the incidents related by the applicant taken together, could make his fear "well-founded"

202. Since the examiner's conclusion on the facts of the case and his personal impression of the applicant will lead to a decision that affects human lives, he must apply the criteria in a spirit of justice and understanding and his judgement should not, of course, be influenced by the personal consideration that the applicant may be an "undeserving case".

203. After the applicant has made a genuine effort to substantiate his story there may still be a lack of evidence for some of his statements. As explained above

dénuement et très souvent elle n'a même pas de papiers personnels. Aussi, bien que la charge de la preuve incombe en principe au demandeur, la tâche d'établir et d'évaluer tous les faits pertinents sera-t-elle menée conjointement par le demandeur et l'examineur. Dans certains cas, il appartiendra même à l'examineur d'utiliser tous les moyens dont il dispose pour réunir les preuves nécessaires à l'appui de la demande. Cependant, même cette recherche indépendante peut n'être pas toujours couronnée de succès et il peut également y avoir des déclarations dont la preuve est impossible à administrer. En pareil cas, si le récit du demandeur paraît crédible, il faut lui accorder le bénéfice du doute, à moins que de bonnes raisons ne s'y opposent.

197. Ainsi, les exigences de la preuve ne doivent pas être interprétées trop strictement, et cela compte tenu des difficultés de la situation dans laquelle se trouve le demandeur du statut de réfugié. Cependant, cette tolérance ne doit pas aller jusqu'à faire admettre comme vraies les déclarations qui ne cadrent pas avec l'exposé général des faits présenté par le demandeur.

201. Très souvent, le processus d'établissement des faits ne sera achevé que lorsque la lumière aura été faite sur tout un ensemble de circonstances. Le fait de considérer certains incidents isolément hors de leur contexte peut conduire à des erreurs d'appréciation. Il conviendra de prendre en considération l'effet cumulatif des expériences passées du demandeur. Lorsqu'aucun incident ne ressort de façon particulièrement marquante, ce peut être un incident mineur qui «a fait déborder le vase»; même si aucun incident ne peut être considéré comme décisif, il se peut que le demandeur le craigne «avec raison» à cause d'un enchaînement de faits, considérés dans leur ensemble

202. Étant donné que ses conclusions au sujet des circonstances de l'affaire et que l'impression personnelle que lui aura faite le demandeur conduiront l'examineur à prendre une décision qui peut être vitale pour des êtres humains, celui-ci doit appliquer les critères dans un esprit de justice et de compréhension. Bien entendu, l'examineur ne doit pas se laisser influencer dans son jugement par des considérations personnelles, par exemple que l'intéressé n'est pas «méritant».

203. Il est possible qu'après que le demandeur se sera sincèrement efforcé d'établir l'exactitude des faits qu'il rapporte, certaines de ses affirmations ne soient cepen-

(paragraph 196), it is hardly possible for a refugee to “prove” every part of his case and, indeed, if this were a requirement the majority of refugees would not be recognized. It is therefore frequently necessary to give the applicant the benefit of the doubt.

204. The benefit of the doubt should, however, only be given when all available evidence has been obtained and checked and when the examiner is satisfied as to the applicant’s general credibility. The applicant’s statements must be coherent and plausible, and must not run counter to generally known facts. [Emphasis added.]

China’s One-Child Policy

48

While the state of affairs existing in certain countries from which a refugee seeks asylum may well be entirely unknown to most Canadians, the Refugee Board is in a different position, given its constant concern with such matters. That noted, the Refugee Board must be conceded a reasonable amount of time to familiarize itself with the latest international developments causing refugees to flee to countries such as Canada which have accepted the responsibility of harbouring persecuted persons. Such a highly publicized matter as China’s population policy, which has been the subject of much attention in human rights and immigration law circles as well in the popular media since its inception in 1979, can be said to fall well within the UNHCR Handbook category of “generally known facts” (see paragraph 204 of the UNHCR Handbook, *supra*).

49

Canadian refugee boards have considered refugee claimants from China alleging fear of persecution in the form of sterilization dozens of times in the last five years alone; see *infra*. Indeed, during that period there have been more than 20 refugee claimants who alleged forced sterilization or forced abortion from Guangzhou City alone, the home city of the appellants in both the present case and in *Cheung*. I state in passing that while there have been many Chinese claimants alleging persecution similar to that of the appellant, there has

dant pas prouvées à l’évidence. Comme on l’a indiqué ci-dessus (paragraphe 196), un réfugié peut difficilement «prouver» tous les éléments de son cas et, si c’était là une condition absolue, la plupart des réfugiés ne seraient pas reconnus comme tels. Il est donc souvent nécessaire de donner au demandeur le bénéfice du doute.

204. Néanmoins, le bénéfice du doute ne doit être donné que lorsque tous les éléments de preuve disponibles ont été réunis et vérifiés et lorsque l’examineur est convaincu de manière générale de la crédibilité du demandeur. Les déclarations du demandeur doivent être cohérentes et plausibles, et ne pas être en contradiction avec des faits notoires. [Je souligne.]

La politique de l’enfant unique de la Chine

Même s’il est fort possible que la plupart des Canadiens et des Canadiennes n’aient absolument aucune idée de la situation qui existe dans certains pays d’où arrivent des demandeurs d’asile, ce n’est pas le cas de la Commission, vu l’intérêt constant qu’elle porte à la question. Cela dit, la Commission doit se voir accorder le temps suffisant pour se familiariser avec les plus récents événements internationaux, événements qui amènent des personnes à fuir vers des pays comme le Canada, qui ont accepté la responsabilité d’héberger les personnes persécutées. Il est possible d’affirmer qu’une question aussi médiatisée que la politique démographique chinoise et à laquelle on a, depuis son adoption en 1979, consacré une attention considérable tant dans les médias populaires que dans les milieux s’intéressant aux droits de la personne et au droit de l’immigration relève de la catégorie des «faits notoires» dont fait état le Guide du HCNUR (voir le par. 204 du Guide du HCNUR, *op. cit.*).

Au cours des cinq dernières années seulement, des tribunaux de la Commission ont examiné des dizaines de revendications émanant de demandeurs qui arrivaient de Chine et disaient craindre d’être persécutés en étant forcés de se faire stériliser; voir plus loin. De fait, au cours de cette période, la stérilisation ou l’avortement forcés ont été invoqués par plus de 20 demandeurs originaires de la ville de Guangzhou, d’où vient d’ailleurs l’appelant en l’espèce et d’où venait également l’appelant dans l’arrêt *Cheung*. En passant, je tiens à signaler que,

been, by no measure, a deluge of refugee claimants. As early as 1989 a Refugee Board accepted the testimony of a refugee claimant alleging sterilization as a form of persecution; see *H. (W.I.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 15 (No. V89-00501). There is no evidence that following this decision, for instance, Canada's ability to fulfil its Convention refugee admittance obligations was in any way compromised. Rather, over the last five years, Canada has continued to grant Convention refugee status to approximately 70 percent of all claimants, or 15,224 persons in 1994: *Immigration and Refugee Board, News Release*, March 14, 1995. Only 314 of those claimants in 1994 were from China and, of course, many of these claimed Convention refugee status for reasons other than coerced sterilization.

It is a generally known fact that nations subject to the same Convention refugee obligations as Canada, such as the United States and Australia, have also been concerned with Chinese refugee applicants recounting stories of alleged persecution remarkably similar to that of the present appellant: for representative examples see *Guo Chun Di v. Carroll*, 842 F.Supp. 858 (E.D.Va. 1994); *Xin-Chang Zhang v. Slattery*, 859 F.Supp. 708 (S.D.N.Y. 1994), and *Matter of Chang*, Int. Dec. 3107 (BIA1989). Academic authorities have also extensively canvassed the topic of refugees from China alleging persecution in the form of coerced sterilization; see, among other sources, Stanford M. Lin, "China's One-Couple, One-Child Family Planning Policy as Grounds for Granting Asylum — *Xin-Chang Zhang v. Slattery*, No. 94 Civ. 2119 (S.D.N.Y. Aug. 5, 1994)" (1995), 36 *Harv. Int'l L.J.* 231; Tara A. Moriarty, "*Guo v. Carroll*: Political Opinion, Persecution, and Coercive Population Control in the People's Republic of China", 8 *Geo. Immigr. L.J.* 469; Daniel S. Gewirtz, "Toward a Quality Population: China's Eugenic Sterilization of the Mentally Retarded" (1994), 15 *N.Y.L. Sch. J.*

même si de nombreux demandeurs chinois ont dit craindre la persécution pour un motif analogue à celui soulevé par l'appelant, il est loin d'y avoir eu une avalanche de revendications du statut de réfugié. Dès 1989, un tribunal de la Commission a accepté le témoignage d'un demandeur qui avait invoqué la stérilisation comme forme de persécution: voir *H. (W.I.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 15 (No. V89-00501). Pourtant, rien n'indique que cette décision a, de quelque façon que ce soit, nuit à la capacité du Canada de satisfaire à ses obligations en matière d'admission de réfugiés au sens de la Convention. En fait, au cours des cinq dernières années, le Canada a continué d'accorder le statut de réfugié au sens de la Convention à environ 70 pour 100 de tous les demandeurs, soit à 15 224 personnes en 1994: *Commission de l'immigration et du statut de réfugié, Communiqué*, 14 mars 1995. De ce nombre, seulement 314 venaient de la Chine, et il va de soi que bon nombre de ces personnes ont revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention pour des motifs autres que celui de la stérilisation forcée.

C'est un fait notoire que des pays assujettis aux mêmes obligations que le Canada à l'égard des réfugiés au sens de la Convention, par exemple les États-Unis et l'Australie, sont également préoccupés par le cas des demandeurs chinois qui allèguent des mesures de persécution très semblables à celle soulevée par l'appelant en l'espèce: pour des exemples représentatifs, voir les affaires *Guo Chun Di c. Carroll*, 842 F.Supp. 858 (E.D.Va. 1994); *Xin-Chang Zhang c. Slattery*, 859 F.Supp. 708 (S.D.N.Y. 1994) et *Matter of Chang*, Int. Dec. 3107 (BIA1989). Des auteurs ont également examiné en détail le sujet des réfugiés de la Chine qui disent craindre d'être persécutés en étant forcés de se faire stériliser; voir, notamment, Stanford M. Lin, «China's One-Couple, One-Child Family Planning Policy as Grounds for Granting Asylum — *Xin-Chang Zhang v. Slattery*, No. 94 Civ. 2119 (S.D.N.Y. Aug. 5, 1994)» (1995), 36 *Harv. Int'l L.J.*, 231; Tara A. Moriarty, «*Guo v. Carroll*: Political Opinion, Persecution, and Coercive Population Control in the People's Republic of China», 8 *Geo. Immigr. L.J.* 469; Daniel S. Gewirtz, «Toward a Quality Population: China's Eugenic

Int'l & Comp. L. 139; Lisa B. Gregory, "Examining the Economic Component of China's One-Child Family Policy Under International Law: Your Money or Your Life" (1992), 6 *J. Chinese L.* 45, and E. Tobin Shiers, "Coercive Population Control Policies: An Illustration of the Need for a Conscientious Objector Provision for Asylum Seekers" (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 1007.

Sterilization of the Mentally Retarded» (1994), 15 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 139; Lisa B. Gregory, «Examining the Economic Component of China's One-Child Family Policy Under International Law: Your Money or Your Life» (1992), 6 *J. Chinese L.* 45, et E. Tobin Shiers, «Coercive Population Control Policies: An Illustration of the Need for a Conscientious Objector Provision for Asylum Seekers» (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 1007.

⁵¹ The U.S. Department of State's *Country Reports on Human Rights Practices for 1993*, February 1994 ("Country Report") summarizes what an examination of the mentioned cases and articles indicates. Earlier, largely unchanged versions of this oft-cited annual report, were available at the time the Board rendered judgment. The Country Report states at p. 609:

Le Country Reports on Human Rights Practices for 1993 du département d'État des États-Unis de février 1994 («Country Report») résume les faits rapportés dans les décisions et articles mentionnés. Au moment où la Commission a rendu sa décision, elle disposait des versions antérieures — en grande partie inchangées — de ce rapport annuel, qui est souvent cité. On peut lire ce qui suit dans le Country Report, à la p. 609:

China's population has roughly doubled in the past 40 years to nearly 1.2 billion people, over a fifth of all humanity. In the 1970's and 1980's China adopted a comprehensive and highly intrusive family planning policy. This policy most heavily affects Han Chinese in urban areas. For urban couples, obtaining permission, usually issued by their work units, to have a second child is very difficult. Numerous exceptions are allowed for the 70 percent of Han who live in rural areas. Ethnic minorities are subject to less stringent population controls. Enforcement of the family planning policy is inconsistent, varying widely from place to place and year to year.

[TRADUCTION] La population de la Chine a à peu près doublé depuis 40 ans. Elle atteint presque 1,2 milliard, soit plus du cinquième de toute l'humanité. Dans les années 70 et 80, la Chine a adopté une politique de planification des naissances exhaustive et très peu respectueuse de la vie privée. Ce sont les Chinois Han des régions urbaines qui sont le plus touchés par cette politique. Pour les couples de ces régions, il est très difficile d'obtenir — normalement de leur unité de travail — la permission d'avoir un deuxième enfant. De nombreuses exceptions sont autorisées dans le cas des Han qui vivent dans les régions rurales, c'est-à-dire 70 pour cent des membres de cette ethnie. Les minorités ethniques sont assujetties à des méthodes de contrôle de naissances moins rigoureuses. L'application de la politique de planification familiale n'est pas uniforme et varie beaucoup selon le lieu et l'année.

The population control policy relies on education, propaganda, and economic incentives, as well as more coercive measures, including psychological pressure and economic penalties. Rewards for couples who adhere to the policy include monthly stipends and preferential medical and educational benefits.

La politique chinoise de contrôle démographique s'appuie sur l'éducation, la propagande et les primes, ainsi que sur des mesures plus coercitives, y compris des pressions psychologiques et des peines pécuniaires. Parmi les récompenses accordées aux couples qui respectent la politique, mentionnons le paiement d'une certaine rémunération mensuelle et l'octroi d'avantages médicaux et scolaires préférentiels.

Disciplinary measures against those who violate the policy include stiff fines, withholding of social services, demotion, and other administrative punishments, including, in some instances, loss of employment. Unpaid fines have sometimes resulted in confiscation or

Parmi les mesures disciplinaires prises contre ceux qui violent la politique mentionnons de fortes amendes, le refus de dispenser des services sociaux, la rétrogradation et d'autres sanctions administratives, y compris, dans certains cas, le congédiement. Le non-paiement des

destruction of personal property. Because penalties for excess births may be levied against local officials and the mothers' work units, many persons are affected, providing multiple sources of pressure. .

Physical compulsion to submit to abortion or sterilization is not authorized, but Chinese officials acknowledge privately that there are still instances of forced abortions and sterilizations in remote, rural areas. Officials maintain that, when discovered, abuses by local officials result in discipline or retraining. They admit, however, that stronger punishment is rare and have not documented any cases where punishment has occurred.

The Country Report, at p. 605, specifically discusses "Political and Other Extrajudicial Killing" and "Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment". The report finds that, in 1992 for instance, at least 12 people died as a result of torture while in Chinese police custody. An example is offered of a farmer who was beaten to death by local officials after he protested the level of taxes and fees. Credible reports are also noted of both male and female detainees being punished with the use of cattle prods, electrodes, beatings, and shackles. According to the Country Report, some persons involved in both the 1989 Tianamen Square uprising and certain activists who wish to free Tibet from Chinese occupation continue to be detained as political prisoners. The number of such persons is impossible to determine but, by some estimates, it may be in the thousands. In sum, the Country Report offers a portrait of a nation with, at best, a checkered human rights record.

I should add that other countries that have assumed Convention refugee obligations are also

amendes a parfois donné lieu à la confiscation ou à la destruction de biens personnels. Parce que des sanctions peuvent être infligées contre les fonctionnaires locaux et l'unité de travail de la mère de l'enfant si le nombre de naissances dépasse le nombre autorisé, plusieurs individus sont personnellement touchés, ce qui crée de multiples sources de pression.

La contrainte physique pour obliger quelqu'un à se faire avorter ou stériliser n'est pas autorisée, mais, officieusement, des fonctionnaires chinois reconnaissent qu'il y a encore des cas d'avortement et de stérilisation forcés dans des régions rurales éloignées. Ces fonctionnaires affirment que, dans les cas où on constate qu'il y a eu abus, des sanctions disciplinaires ou des mesures de recyclage sont imposées aux fonctionnaires locaux en cause. Cependant les fonctionnaires reconnaissent que l'on inflige rarement des sanctions plus sévères, et ils n'ont pas encore fourni de documents attestant que des sanctions ont effectivement été appliquées.

À la page 605 du Country Report, il est spécifiquement question des situations suivantes: [TRA-DUCTION] «Assassinats politiques et autres exécutions capitales extrajudiciaires» et «Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants». On indique, dans le rapport, qu'au moins 12 personnes sont décédées en 1992 par suite de torture subie pendant qu'elles étaient détenues par la police chinoise. On donne l'exemple d'un fermier battu à mort par des fonctionnaires locaux parce qu'il avait protesté contre le montant des taxes et autres droits payables. On y fait également mention de signalements crédibles de cas où on a puni des détenus — hommes et femmes — en utilisant des aiguillons à bétail ou des électrodes, en leur administrant des raclées ou en les mettant aux fers. Selon le Country Report, des personnes ayant participé à la manifestation de la place Tiananmen en 1989 ainsi que certains activistes luttant pour libérer le Tibet de l'occupation chinoise continuent d'être détenus en tant que prisonniers politiques. Il est impossible de dire combien de personnes sont dans cette situation, mais, selon certaines estimations, il pourrait y en avoir des milliers. Bref, le Country Report dresse le portrait d'une nation qui, au mieux, possède un dossier inégal au chapitre des droits de la personne.

Je tiens à ajouter que d'autres pays ayant accepté d'assumer des obligations à l'égard des

confronting Chinese refugee claims alleging coerced sterilization similar to that of the present appellant. Australia is one; see for example the recent decision of the Federal Court of Australia in *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Respondent A* (1995), 130 A.L.R. 48, to which reference is made later in these reasons. Interestingly, the husband and wife in that case came, once again, from the environs of Guangzhou City.

Benefit of the Doubt

54 The appellant's account of harassment and threatened persecution at the hands of PSB officials can be compared with the generally known factual picture that emerges upon an examination of all available evidence from the mentioned sources. Using the guidelines provided by UNHCR Handbook for establishing the facts of a given case (see especially paragraph 203), it can be determined whether a Convention refugee is entitled to any benefit of the doubt regarding his story.

55 In this case, the appellant's description of events very closely conforms with what is known now, and what was readily available to the Refugee Board at the time of his hearing. The appellant is a member of the Han Chinese ethnic group. He is from an urban area, Guangzhou City, whose local authorities practise population control coercion in the form of forced sterilization as confirmed by numerous other refugee claimants. The appellant claims that he was subject to psychological pressure and threatened with disciplinary measures including stiff fines and coerced sterilization, not necessarily by the government itself, but certainly by local officials of the PSB and neighbourhood committee members. He testified that his wife has been prevented from acquiring another job. His wife's letters stated that personal property had been confiscated and that their second child's registration within his family was threatened, a serious penalty in a country in which "unauthorized" children lose their right to free education

réfugiés au sens de la Convention reçoivent des revendications émanant de Chinois qui, comme l'appelant, invoquent la stérilisation forcée. L'Australie est l'un de ces pays; voir, par exemple, le récent arrêt de la Cour fédérale d'Australie dans *Minister for Immigration and Ethnic Affairs c. Respondent A* (1995), 130 A.L.R. 48, dont il est fait état plus loin dans les présents motifs. Fait intéressant, l'homme et la femme en cause dans cet arrêt sont également originaires des environs de Guangzhou.

Bénéfice du doute

Le récit fait par l'appelant du harcèlement dont il a été victime aux mains des agents du BSP et des menaces de persécution proférées par ceux-ci à son endroit peut être comparé avec le portrait factuel notoire qui ressort de l'examen de l'ensemble des éléments de preuve disponibles dans les sources citées. Il est possible, à partir des lignes directrices formulées dans le Guide du HCNUR relativement à l'établissement des faits (voir tout particulièrement le paragraphe 203), de déterminer s'il faut accorder au demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention le bénéfice du doute relativement à sa version des faits.

En l'espèce, la description des événements faite par l'appelant concorde de façon très étroite avec les faits connus aujourd'hui et les données auxquelles avait aisément accès le tribunal de la Commission au moment de l'audition de la revendication. L'appelant appartient au groupe ethnique des Chinois Han. Il est d'une région urbaine, la ville de Guangzhou, où les autorités locales imposent le contrôle des naissances par la stérilisation forcée, fait confirmé par de nombreux autres demandeurs du statut de réfugié. L'appelant prétend qu'il a fait l'objet — pas nécessairement de la part du gouvernement lui-même mais certainement de la part des fonctionnaires locaux du BSP et des membres du comité de quartier — de pressions d'ordre psychologique et de menaces de mesures disciplinaires, notamment des amendes élevées et la stérilisation forcée. Il a témoigné qu'on avait empêché son épouse d'obtenir un autre emploi. Dans les lettres qu'elle lui a fait parvenir, celle-ci mentionnait qu'on avait confisqué certains biens personnels et

and health care subsidies; see, among other sources, Gregory, *supra*, p. 52. He further testified that if he were returned to China, disciplinary measures could include imprisonment, denial of access to employment, and possibly murder. In effect, his testimony can be seen to reflect what the Country Report cites as customary; his decision to have a second child had the effect of providing multiple sources of pressure from both PSB officers and neighbourhood committee members.

The appellant's account of events so closely mirrors the known facts concerning the implementation of China's population policy that, given the absence of any negative finding as to the credibility of the appellant or of his evidence, I think it clear that his quite plausible account is entitled to the benefit of any doubt that may exist. With respect, I see no merit in the approach taken by some members of the court below and by my colleague Major J. to seize upon sections of the appellant's testimony in isolation. Indeed, I find such a technique antithetical to the guidelines of the UNHCR Handbook (see paragraph 201).

If such an unremitting approach were regularly applied to the brief testimony of refugee claimants who generally receive and answer questions through the aid of an interpreter, it can be certain that Canada would annually admit very few refugees indeed. I recognize that, if it so chooses, the Government of Canada is quite capable of renouncing its voluntarily adopted obligations to grant asylum for Convention refugees claimants. Until such time, however, I believe that the UNHCR Handbook and s. 3(g) of the *Immigration Act*, which declares that it promotes Canada's domestic and international interests to recognize the need to fulfil its "international legal obligations

que leur deuxième enfant risquait de ne pas être enregistré comme membre de la famille, peine grave dans un pays où les enfants «non autorisés» perdent le droit à l'instruction gratuite et aux subventions pour les soins de santé; voir, notamment, Gregory, *loc. cit.*, à la p. 52. L'appelant a aussi affirmé que, s'il était renvoyé en Chine, il risquait diverses mesures disciplinaires, notamment d'être emprisonné, de se voir refuser un emploi et peut-être même d'être assassiné. De fait, on peut considérer que son témoignage décrit une situation qui est donnée comme étant courante dans le Country Report; sa décision d'avoir un deuxième enfant a eu pour effet de multiplier les sources de pressions, tant au sein des fonctionnaires du BSP que des membres du comité de quartier.

La version des faits donnée par l'appelant concorde de façon si étroite avec les faits notoires relatifs à la mise en œuvre de la politique démographique de la Chine que, vu l'absence de conclusions défavorables quant à la crédibilité de l'appelant ou de la preuve qu'il a présentée, il est clair, selon moi, qu'il y a lieu d'accorder à sa version des faits — par ailleurs tout à fait plausible — le bénéfice de tout doute qui pourrait exister. Avec égards, j'estime non fondée la méthode qu'ont appliquée certains membres de la Cour d'appel fédérale et mon collègue le juge Major en considérant isolément des passages du témoignage de l'appelant. De fait, je suis d'avis qu'une telle méthode est contraire aux lignes directrices du Guide du HCNUR (voir le paragraphe 201).

Si cette méthode aussi implacable était couramment appliquée au bref témoignage des demandeurs du statut de réfugié, qui sont régulièrement interrogés par l'intermédiaire d'un interprète, il est certain que le Canada n'accepterait chaque année que très peu de réfugiés. Je reconnais que le gouvernement du Canada peut fort bien, s'il le décide, abandonner l'obligation qu'il a volontairement prise d'accorder refuge aux demandeurs du statut de réfugié. Cependant, tant qu'il ne l'a pas fait, je suis d'avis qu'il faut se conformer au Guide du HCNUR ainsi qu'à l'al. 3g) de la *Loi sur l'immigration*, qui édicte que la loi vise à promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et inter-

56

57

with respect to refugees and to uphold its humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted”, must be followed. Given these explicit guidelines, I think it clear that Canada’s relatively small yet nonetheless important refugee burden should not be thwarted by an unduly stringent application of exacting legal proof that fails to take account of the contextual obstacles customary to refugee hearings. I am mindful that the possibility of a flood of refugees may be a legitimate political concern, but it is not an appropriate legal consideration. To incorporate such concerns implicitly within the Convention refugee determination process, however well meaning, unduly distorts the judicial-political relationship. To alter the focus of refugee law away from its paramount concern with basic human rights frustrates the possibility that foreign persecution may be eventually halted by international pressure. To accept at the judicial level that fundamental human rights violations do not serve to grant Convention refugee status minimizes one of the principal incentives the international community has to denounce foreign persecution and attempt to affect change abroad: to avoid a flood of refugee claimants.

national et reconnaît la nécessité «de remplir, envers les réfugiés, les obligations imposées au Canada par le droit international et de continuer à faire honneur à la tradition humanitaire du pays à l’endroit des personnes déplacées ou persécutées». Vu ces lignes directrices explicites, il est clair, à mon avis, qu’il ne faut pas gêner le respect de cette responsabilité relativement limitée mais néanmoins importante du Canada envers les réfugiés par une application excessivement stricte de règles de preuve exigeantes, ne tenant pas compte des obstacles contextuels propres à l’audition des revendications du statut de réfugié. Je suis bien conscient que la possibilité d’un afflux de réfugiés est une préoccupation légitime sur le plan politique, mais elle ne constitue pas une considération pertinente sur le plan juridique. Le fait d’introduire implicitement ces préoccupations dans le processus de détermination du statut de réfugié au sens de la Convention, même si c’est avec les meilleures intentions, déforme indûment les rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique. Détourner le droit des réfugiés de sa considération primordiale, la protection des droits fondamentaux de la personne, fait obstacle à la possibilité que la pression internationale puisse en bout de ligne mettre un terme aux actes de persécution commis par des États étrangers. L’acceptation par les tribunaux que la violation de droits fondamentaux ne justifie pas de reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention a pour effet de minimiser l’importance d’une des considérations principales qui incitent les membres de la communauté internationale à dénoncer la persécution commise par des États étrangers et à tenter de changer cette situation: la prévention de l’afflux de demandeurs du statut de réfugié.

58 Viewing the appellant’s evidence in the manner described by the UNHCR Handbook helps elucidate two further matters. The appellant testified that subsequent to his flight from China his wife had yet to be sterilized, although she too had been threatened with sterilization. I do not see that this fact can be used to make any fear of persecution the appellant may have had less legitimate. If anything, this evidence supports the appellant’s apprehension that he was the true object of the PSB

Interpréter la preuve présentée par l’appelant de la façon décrite dans le Guide du HCNUR permet d’éclaircir deux autres questions. L’appelant a témoigné que son épouse n’avait pas encore été stérilisée depuis qu’il a fui la Chine, même si elle avait aussi été menacée de cette mesure. Je ne considère pas que ce fait peut être invoqué pour amoindrir la légitimité de toute crainte de persécution qu’a pu avoir l’appelant. De fait, il s’agit plutôt d’un élément étayant l’inquiétude qu’éprouvait

scrutiny. Furthermore, simply from a pragmatic standpoint, it may well be that the PSB and neighbourhood committee elected not to sterilize the appellant's wife, given that the law against a couple having more than one child could not be further violated when her husband was in exile in Canada.

The evidence that the appellant's family was able to renew his driver's licence with the PSB some months after he fled the country may be viewed in a similar light. With the appellant out of the country, to deny the appellant a driver's licence would serve no purpose; he would not be driving in China in any event. Assuming the authorities did not know the claimant had left the country, the granting of the licence would not entirely dissipate the fear, whether viewed objectively or subjectively, that the claimant would ultimately be sterilized. At best, I think it is a factor that can only be given limited weight, given the speculation that seems necessary in order to ascertain any ultimate significance to it. Further, it must be remembered that it must in the end be considered with the whole of the evidence, keeping in mind that in such consideration the appellant must be given the benefit of the doubt.

In sum, I do not accept that this appeal can be dismissed as easily as suggested by my colleague. As already noted, no conclusion was drawn, in favour or against the appellant's facing a reasonable chance of sterilization. However, the appellant may be entitled to the benefit of the doubt as his personal account is widely supported by, and is consistent with, what is known of the current implementation of the population policy within his region of China. What remains to be determined, then, is whether the implementation of that policy, through sterilization by local officials, can constitute a well-founded fear of persecution in light of

l'appelant d'être la véritable cible de la surveillance du BSP. Qui plus est, d'un simple point de vue pragmatique, il est fort possible que le BSP et le comité de quartier aient décidé de ne pas stériliser l'épouse de l'appelant étant donné que la politique de l'enfant unique ne peut pas être violée pendant que l'époux est en exil au Canada.

Le même raisonnement peut être appliqué à la preuve que la famille de l'appelant a été en mesure de faire renouveler par le BSP le permis de conduire de l'appelant, quelques mois après sa fuite du pays. Comme l'appelant se trouve à l'extérieur du pays, il ne servait à rien de lui refuser un permis de conduire puisque, de toute façon, il ne conduirait pas en Chine. À supposer même que les autorités ne savaient pas qu'il avait quitté le pays, la délivrance d'un permis de conduire ne dissiperait pas entièrement la crainte, tant sur le plan objectif que subjectif, que le demandeur du statut de réfugié soit par la suite stérilisé. Selon moi, il s'agit tout au plus d'un facteur auquel il ne faut accorder qu'une valeur limitée, compte tenu de la spéculation à laquelle il semble nécessaire de se livrer pour être en mesure de lui reconnaître quelque importance fondamentale. En outre, il faut se rappeler que, en bout de ligne, ce facteur doit être examiné au regard de l'ensemble de la preuve et que, dans le cadre de cet examen, le bénéficiaire du doute doit être accordé à l'appelant.

Bref, je ne suis pas d'avis que le présent pourvoi peut être rejeté aussi facilement que le propose mon collègue le juge Major. Comme je l'ai déjà indiqué, aucune conclusion, favorable ou défavorable à l'appelant, n'a été tirée quant à la possibilité raisonnable qu'il soit forcé de se faire stériliser. Cependant, il est possible d'accorder à l'appelant le bénéfice du doute puisque sa version des faits concorde avec ce que l'on connaît de la mise en œuvre de la politique démographique dans la région de la Chine dont il est originaire et qu'elle est largement étayée par cette information. Il reste donc à déterminer si la mise en œuvre de cette politique, par les mesures de stérilisation imposées par les fonctionnaires locaux, peut amener une personne à craindre avec raison d'être persécutée, au regard des principes établis dans l'arrêt

59

60

this Court's decision in *Ward* and that of the Federal Court of Appeal in *Cheung*, *supra*.

State Complicity and Persecution

61 As was made clear in this Court's decision in *Ward*, the alleged persecution does not have to emanate from the state itself to trigger a Convention obligation. Serious human rights violations may well issue from non-state actors if the state is incapable or unwilling to protect its nationals from abuse. *A fortiori*, this must apply to subordinate state authorities. The security of nationals is the essence of sovereignty and the most basic obligation a state owes its citizens.

62 In terms of the present appeal I am in agreement with the following statement, at p. 704, of Mahoney J.A. in the Court below:

The evidence does not lead to the conclusion that the central government of China is unable to protect its citizens from the excesses of the local authorities. Rather, it indicates a central government which, by its passivity, is either tolerating or abetting the enforcement of the population control policy by a means which it officially disavows.

63 This conclusion is, in my view, incontestable upon a reading of the mentioned international jurisprudence and academic authorities on the subject. As the Country Report, *supra*, makes clear, while local officials are rarely punished for abuses committed during the sterilization process, economic sanctions are levied against such officials when birth rates are too high. It is evident, then, that the Chinese government, if nothing else, creates a climate in which incentives for mistreatment are ripe. Accordingly, I find it neither necessary nor possible from the evidentiary record to determine the precise degree to which the Chinese government is involved in sanctioning the particular conduct of its own local officials. It will often be the case that a refugee claimant will not know with any certainty the operational structure of his or her

Ward de notre Cour et dans l'arrêt *Cheung*, précité, de la Cour d'appel fédérale.

Complicité et persécution de l'État

Comme notre Cour l'a clairement indiqué dans l'arrêt *Ward*, il n'est pas nécessaire que la persécution alléguée émane de l'État pour donner ouverture à l'application d'une obligation prévue par la Convention. En effet, il est fort possible que des violations graves des droits de la personne soient commises par des acteurs non étatiques, si l'État en cause ne peut pas ou ne veut pas protéger ses citoyens contre ces abus. Cette règle s'applique à plus forte raison aux autorités gouvernementales de rang inférieur. La sécurité de ses ressortissants constitue l'essence de la souveraineté d'un État ainsi que l'obligation la plus fondamentale de celui-ci envers ses citoyens.

En ce qui concerne le présent pourvoi, je suis d'accord avec la déclaration suivante du juge Mahoney, à la p. 704 de la décision de la Cour d'appel fédérale:

La preuve n'amène pas à conclure que le gouvernement central de Chine est incapable de protéger ses citoyens contre les excès commis par les autorités locales. Elle montre plutôt un gouvernement central qui, par sa passivité, tolère ou encourage l'application de la politique de contrôle démographique par un moyen qu'il désavoue officiellement.

À mon avis, cette conclusion est incontestable si l'on examine la jurisprudence et la doctrine internationales mentionnées sur le sujet. Comme l'indique clairement le Country Report, *loc. cit.*, bien que les fonctionnaires locaux soient rarement punis pour les abus commis dans l'application des mesures relatives à la stérilisation, en revanche on leur impose des sanctions pécuniaires si les taux de natalité sont trop élevés. Dans un tel contexte, il est évident que, à tout le moins, le gouvernement chinois crée un climat incitant fortement le recours à des traitements abusifs. En conséquence, je suis d'avis qu'il n'est ni nécessaire ni possible, à partir de la preuve disponible, de déterminer avec précision dans quelle mesure le gouvernement chinois sanctionne la conduite de ses fonctionnaires locaux. Souvent, le demandeur du statut de réfugié

persecutor when such actor is a government or organization. Indeed, it is quite conceivable that a refugee may only have a vague notion as to why he or she is being persecuted. In a situation like the present, it is enough that there is clear and convincing evidence that the government of China is not using its capabilities to protect persons in the position of the appellant.

While the Federal Court of Appeal unanimously agreed that local authorities carried out sterilization procedures without the authority of the central government, there was some confusion as to whether the legitimacy of the population policy of the Chinese government was at issue. Desjardins J.A. noted that the legitimacy of the government policy itself had not been challenged and therefore remained proper. Since the legitimacy of the Chinese government's population control policy was not in question, she reasoned, at p. 724, that it could not "be said that when a foreign government employs means that violate basic human rights, as known in Canada, so as to ensure the respect of a valid social objective, such means amount to 'persecution' under the Convention". Heald J.A., however, was of the view that the population policy of the Chinese government was well within the jurisdiction of the government given its concern with its population problem. He found that an analogy to criminal law was apt in terms of whether the appellant's actions could be considered a political opinion. He reasoned, at p. 695, that what occurred in this case was a "breach of a law and reluctance to undergo the ensuing penalty".

I should say that I do not in general consider it appropriate for courts to make implicit or explicit pronouncements on the validity of another nation's social policies. In the present case, the full extent of the Chinese population policy is unknown in this country and undue speculation as to its legitimacy serves no purpose. Whether the Chinese government decides to curb its population is an inter-

ne connaît pas bien la structure opérationnelle de son persécuteur lorsque celui-ci est un gouvernement ou une organisation. De fait, on peut fort bien imaginer que le réfugié n'a qu'une vague idée des motifs pour lesquels il est persécuté. Dans un cas comme celui qui nous intéresse, le fait qu'il existe une preuve claire et convaincante que le gouvernement de la Chine n'utilise pas les moyens dont il dispose pour protéger les personnes dans la situation de l'appelant suffit.

Bien que la Cour d'appel fédérale ait, à l'unanimité, reconnu que les autorités locales pratiquaient la stérilisation sans l'autorisation du gouvernement central, il existait une certaine confusion quant à la légitimité de la politique démographique du gouvernement chinois. Le juge Desjardins a souligné, à la p. 724, que, comme la légitimité de la politique gouvernementale n'avait pas été contestée, elle demeurerait valide. Elle a déduit du fait que le caractère légitime de la politique chinoise n'était pas en cause qu'il était impossible de «dire qu'en principe, lorsqu'un gouvernement étranger emploie des moyens qui violent des droits fondamentaux de la personne, tels qu'ils sont connus au Canada, pour assurer le respect d'un objectif social valide, ces moyens équivalent à de la «persécution» au sens de la Convention». Pour sa part, toutefois, le juge Heald a dit être d'avis que la politique démographique du gouvernement chinois relevait tout à fait de la compétence de celui-ci compte tenu de l'intérêt qu'il porte au problème démographique. Le juge Heald a affirmé qu'il convenait de faire un parallèle avec le droit pénal pour ce qui est de déterminer si les actions de l'appelant pouvaient être considérées comme l'expression d'opinions politiques. Il a conclu, à la p. 695, que ce qui était survenu c'était la «violation d'une loi et l'hésitation à subir la pénalité qui s'en suit».

Je tiens à souligner que, en règle générale, il n'est pas opportun que les tribunaux se prononcent, implicitement ou explicitement, sur la validité des politiques sociales d'un autre pays. En l'espèce, on ne connaît pas bien, au Canada, la portée exacte de la politique démographique chinoise, et il ne sert à rien de formuler des hypothèses gratuites quant à sa légitimité. Si le gouvernement

nal matter for that government to decide. Indeed, there are undoubtedly appropriate and acceptable means of achieving the objectives of its policy that are not in violation of basic human rights. However, when the means employed place broadly protected and well understood basic human rights under international law such as the security of the person in jeopardy, the boundary between acceptable means of achieving a legitimate policy and persecution will have been crossed. It is at this point that Canadian judicial bodies may pronounce on the validity of the means by which a social policy may be implemented in an individual case by either granting or denying Convention refugee status, assuming of course that the claimant's credibility is not in question and that his or her account conforms with generally known facts.

chinois décide de freiner sa croissance démographique, c'est une question interne, qu'il lui appartient de trancher. De fait, il existe sans doute des moyens appropriés et acceptables, susceptibles de permettre la réalisation des objectifs de cette politique sans entraîner de violation des droits fondamentaux de la personne. Cependant, lorsque les moyens utilisés ont pour effet de mettre en péril des droits fondamentaux de la personne — tel le droit de chacun à la sécurité de sa personne — qui, en vertu du droit international, sont bien définis et jouissent d'une protection considérable, la ligne qui sépare la persécution et les moyens acceptables pour exécuter une politique légitime a alors été franchie. C'est à ce moment que les tribunaux canadiens peuvent, dans un cas donné, se prononcer sur la validité des moyens de mise en œuvre d'une politique sociale, et ce en accordant ou en refusant à une personne le statut de réfugié au sens de la Convention, à supposer bien entendu que la crédibilité du demandeur ne soit pas en cause et que sa version des faits concorde avec les faits notoires.

66

I find further that questions as to whether the foreign policy is of general application, a focus of concern for the majority below, may not be crucial to an individual refugee determination. It is quite possible that a law or policy of general application may well be violative of basic human rights; the apparent policy of the former Khmer Rouge regime in Cambodia mentioned by the intervener, Canadian Council for Refugees, whereby people who wore eyeglasses were arrested, detained, and then executed, if of general application, would still be very much persecutory. I note, on the facts of the present case, that the evidence strongly supports a belief that the population policy has not been applied and enforced generally. Urban Han Chinese, with variations by region, appear to bear the brunt of the policy; see Country Report, *supra*. Non-Han Chinese in rural areas, for instance, appear to be permitted to have as many as three or four children; see Gregory, *supra*, p. 53. The appellant of course is an urban Han Chinese from a region that has been the subject of many accounts

De plus, je suis d'avis que les questions visant à déterminer si la politique de l'État étranger concerné est d'application générale, point auquel se sont attachés les juges de la majorité de la Cour d'appel fédérale, ne sont peut-être pas cruciales dans le cadre de l'examen d'une revendication donnée du statut de réfugié. En effet, il est fort possible qu'une loi ou une politique d'application générale viole des droits fondamentaux de la personne. Une politique du genre de celle pratiquée ouvertement par l'ancien régime des Khmers rouges au Cambodge, dont a fait état l'intervenant, le Conseil canadien pour les réfugiés, et en vertu de laquelle des personnes portant des lunettes ont été arrêtées, détenues puis exécutées, constituerait un grave cas de persécution, même s'il s'agissait d'une politique d'application générale. Je constate, à la lumière des faits de l'espèce, que la preuve étaye fortement l'argument voulant que la politique démographique ne soit pas appliquée de façon générale et que la prise de mesures visant à la faire respecter ne soit pas une situation généralisée. Il semble que ce soit les Chinois Han des régions urbaines qui, à des degrés divers selon la

of implementation of the population policy by forced sterilization.

Some mention of analogies between valid criminal law and the one child per couple policy is warranted. As I made clear in *Ward*, Parliament has codified a criminal law exemption in s. 19(1)(c) of the *Immigration Act*, the essence of which states that persons who have been convicted of an offence will not be granted Convention refugee status if the same offence, similarly committed in Canada, would constitute an offence in Canada punishable under any Act of Parliament and for which a maximum term of imprisonment of ten years or more may be imposed. It is true, as I explained in *Ward*, at p. 742, that the Act accords some flexibility to the Minister to permit entry to claimants with past criminal records. However, this is insufficient to permit the Act to be read as supporting the concern expressed by Desjardins J.A., at p. 724, that “those who face capital punishment as a consequence of a breach of a valid and legitimate piece of legislation would automatically become refugees under the Convention” (emphasis added). A plain reading of the relevant provisions of the Act simply does not support this apprehension. Indeed, by the reasoning of Desjardins J.A., which accords extensive deference to “valid and legitimate” legislation of foreign nations, it would seem that had the Chinese government designated death as the appropriate penalty for violation of the population policy, such conduct could not be seen as persecutory since it could be classified as mere resistance to the “realization of valid state objec-

région, soient la cible principale de la politique; voir le Country Report, *loc. cit.* Par exemple, il semble que les Chinois qui appartiennent à une autre ethnie et habitent les régions rurales aient l'autorisation d'avoir jusqu'à trois ou quatre enfants; voir Gregory, *loc. cit.*, à la p. 53. Évidemment, l'appelant est un Chinois Han, qui habite une région urbaine ayant fait l'objet de nombreux signalements de stérilisations forcées pratiquées dans le cadre de la mise en œuvre de la politique démographique.

Il est justifié de comparer la politique de l'enfant unique à une loi pénale valide. Comme je l'ai clairement indiqué dans l'arrêt *Ward*, le législateur fédéral a codifié une exception fondée sur le droit pénal à l'al. 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration*, qui porte, essentiellement, que n'ont pas droit au statut de réfugié au sens de la Convention les personnes qui ont été déclarées coupables d'une infraction qui constituerait, si elle avait été commise au Canada, une infraction qui peut être punissable, en vertu d'une loi du Parlement, d'un emprisonnement maximal de dix ans et plus. Certes, comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Ward*, à la p. 742, la Loi donne au ministre une certaine latitude pour réexaminer l'opportunité d'accorder l'autorisation de séjour au demandeur qui a un casier judiciaire. Cependant, cela ne permet pas pour autant d'affirmer que la Loi peut être interprétée d'une manière propre à confirmer la préoccupation exprimée par le juge Desjardins, à la p. 724, que «ceux qui sont passibles de la peine capitale en conséquence d'une violation d'une loi valide et légitime deviendraient automatiquement des réfugiés au sens de la Convention» (je souligne). La simple lecture des dispositions pertinentes de la Loi permet de constater que cette appréhension n'est tout simplement pas fondée. De fait, il semble, suivant le raisonnement du juge Desjardins, dans lequel elle fait montre d'une grande déférence à l'égard des lois «valide[s] et légitime[s]» des États étrangers, que si le gouvernement chinois avait désigné la mort comme étant la peine indiquée en cas de violation de la politique démographique, une telle mesure ne pourrait être considérée comme de la persécution, puisque la violation pourrait être qualifiée de simple résistance «à la réalisation d'objec-

tives". Respectfully, I am unable to accept that approach.

68

Refugee boards and supervising appellate courts must take a cautious approach to the invocation of state authority arguments as Linden J.A. made clear in his judgment in *Cheung*. I endorse his finding, at p. 323, that:

Even if forced sterilization were accepted as a law of general application, that fact would not necessarily prevent a claim to Convention refugee status. Under certain circumstances, the operation of a law of general application can constitute persecution. In *Padilla v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.), the Court held that even where there is a law of general application, that law may be applied in such a way as to be persecutory . . . if the punishment or treatment under a law of general application is so Draconian as to be completely disproportionate to the objective of the law, it may be viewed as persecutory. This is so regardless of whether the intent of the punishment or treatment is persecution. Cloaking persecution with a veneer of legality does not render it less persecutory. Brutality in furtherance of a legitimate end is still brutality.

69

This approach is, in my view, eminently sensible. It returns the focus of a refugee hearing to the essential question of whether the claimant's basic human rights are in fundamental jeopardy. This point was underscored in *Ward* where it was stated, at p. 733, that "[u]nderlying the Convention is the international community's commitment to the assurance of basic human rights without discrimination". In that case, this Court endorsed an approach in which the concern of refugee law ought to be the denial of human dignity in any key way with the sustained or systemic denial of core human rights as the appropriate standard. The Court there noted, at pp. 733-34:

tifs valides de l'État». Avec égards, je ne peux accepter cette démarche.

Comme l'a clairement indiqué le juge Linden de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Cheung*, les tribunaux de la Commission et les cours d'appel appelées à contrôler leurs décisions doivent examiner avec circonspection les arguments fondés sur l'autorité de l'État qui leur sont présentés. Je souscris à la conclusion qu'il formule aux pp. 323 et 324:

Même si la stérilisation forcée était acceptée comme une règle d'application générale, ce fait n'empêcherait pas nécessairement une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Dans certains cas, l'effet d'une règle d'application générale peut constituer de la persécution. Dans l'affaire *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.), la Cour a statué que même lorsqu'il y a une règle d'application générale, son mode d'application peut constituer de la persécution [. . .] si la punition ou le traitement imposés en vertu d'une règle d'application générale sont si draconiens au point d'être complètement disproportionnés avec l'objectif de la règle, on peut y voir de la persécution, et ce, indépendamment de la question de savoir si le but de la punition ou du traitement est la persécution. Camoufler la persécution sous un vernis de légalité ne modifie pas son caractère. La brutalité visant une fin légitime reste toujours de la brutalité.

À mon avis, cette méthode est extrêmement judicieuse. Elle refait de la question essentielle de savoir s'il y a véritablement menace aux droits fondamentaux de la personne l'objet principal de l'audition de la revendication du statut de réfugié. Notre Cour a fait ressortir ce point dans l'arrêt *Ward*, à la p. 733, en déclarant que «[l]a Convention repose sur l'engagement qu'a pris la communauté internationale de garantir, sans distinction, les droits fondamentaux de la personne». Dans cet arrêt, notre Cour a souscrit au point de vue que le droit relatif aux réfugiés devrait s'appliquer aux cas de négation fondamentale de la dignité humaine et que la négation soutenue ou systématique des droits fondamentaux de la personne serait la norme appropriée. Notre Cour a affirmé ceci, aux pp. 733 et 734:

This theme sets the boundaries for many of the elements of the definition of "Convention refugee". "Persecution", for example, undefined in the Convention, has been ascribed the meaning of "sustained or systemic violation of basic human rights demonstrative of a failure of state protection"; see Hathaway [*The Law of Refugee Status* (Toronto: 1991)], at pp. 104-5. So too Goodwin-Gill [*The Refugee in International Law* (Oxford: 1983)], at p. 38 observes that "comprehensive analysis requires the general notion (of persecution) to be related to developments within the broad field of human rights". This has recently been recognized by the Federal Court of Appeal in the *Cheung* case.

Both *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers*, [1993] 1 F.C. 154, and *Cheung* were approved in *Ward* for developing tests making the consideration of basic human rights the appropriate focus of a refugee inquiry. It was noted that groups defined by a characteristic that is changeable or from which disassociation is possible, so long as neither option requires renunciation of basic human rights, were beyond Canada's obligation and responsibility. The essential question is whether the persecution alleged by the claimant threatens his or her basic human rights in a fundamental way. This question must be asked of the present appellant's allegations.

These basic human rights are not to be considered from the subjective perspective of one country, as Desjardins J.A. suggests. By very definition, such rights transcend subjective and parochial perspectives and extend beyond national boundaries. This does not mean, however, that recourse to the municipal law of the admitting nation may not be made. For such municipal law may well animate a consideration of whether the alleged feared conduct fundamentally violates basic human rights. Accordingly, this Court's decision in *Eve*, *supra*, which concerned an application for the non-

Ce thème fixe les limites de bien des éléments de la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention». Par exemple, on a donné le sens suivant au mot «persécution» qui n'est pas défini dans la Convention: [TRADUCTION] «violation soutenue ou systématique des droits fondamentaux de la personne démontrant l'absence de protection de l'État»; voir Hathaway, [*The Law of Refugee Status*. Toronto, 1991], aux pp. 104 et 105. Goodwin-Gill, [*The Refugee in International Law*. Oxford, 1983], fait lui aussi remarquer, à la p. 38, que [TRADUCTION] «l'analyse exhaustive exige que la notion générale [de persécution] soit liée à l'évolution constatée dans le domaine général des droits de la personne». C'est ce que la Cour d'appel fédérale a récemment reconnu dans l'affaire *Cheung*.

Les arrêts *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mayers*, [1993] 1 C.F. 154 et *Cheung* ont été approuvés dans *Ward* parce qu'ils proposent des critères faisant de l'examen de la question des droits fondamentaux de la personne l'objet principal de l'enquête concernant le statut de réfugié d'une personne. On a fait remarquer que les obligations et les responsabilités du Canada ne s'étendaient pas aux groupes définis par une caractéristique changeable ou dont il est possible de se dissocier, dans la mesure où aucun de ces choix n'exige la renonciation aux droits fondamentaux de la personne. La question essentielle est de savoir si la persécution alléguée par le demandeur du statut de réfugié menace de façon importante ses droits fondamentaux de la personne. Il faut se poser cette question, en l'espèce, relativement aux allégations de l'appelant.

Il ne faut pas, comme le propose le juge Desjardins, examiner les droits fondamentaux de la personne du point de vue subjectif d'un seul pays. De par leur définition même, ces droits transcendent les perspectives subjectives et chauvines, et ils s'appliquent au-delà des frontières nationales. Cela ne veut pas dire pour autant qu'on ne peut faire appel au droit interne du pays d'admission, car ce droit pourrait bien inciter à l'examen de la question de savoir si la conduite appréhendée viole de façon cruciale des droits fondamentaux de la personne. En conséquence, on peut se référer, à titre d'indication, à la décision de notre Cour dans l'arrêt *Eve*, précité, qui portait sur une demande de stérilisation

therapeutic sterilization of a mentally incompetent adult by a parent, may be looked to for guidance.

non thérapeutique d'une adulte atteinte de déficience mentale présentée par un parent.

72

In *Eve*, at pp. 431 and 432, this Court affirmed that forced sterilization constitutes a "grave intrusion on a person's rights" and as an "irreversible and serious intrusion on the basic rights of the individual". Certainly this is true in this kind of context. Two of the justices below followed this reasoning, citing *Eve* directly, while the other acknowledged that he found this particular penalty abhorrent. In my opinion, the sanction of forced sterilization against the appellant in the present case would constitute a gross infringement of the security of the person and readily qualify as the type of fundamental violation of basic human rights that constitutes persecution as discussed in the mentioned authorities and the UNHCR Handbook.

Dans l'arrêt *Eve*, aux pp. 431 et 432, notre Cour a affirmé que la stérilisation forcée constitue une «grave atteinte au droit d'une personne» et une «atteinte irréversible et grave des droits fondamentaux d'une personne». C'est certes le cas dans l'affaire qui nous occupe. Deux des juges de la Cour d'appel fédérale ont suivi ce raisonnement, citant directement des extraits de l'arrêt *Eve*, alors que l'autre juge a déclaré qu'il avait ce type de pénalité en horreur. À mon avis, la sanction qu'encourt l'appelant en l'espèce, la stérilisation forcée, constituerait une grave atteinte à la sécurité de sa personne et pourrait facilement être qualifiée de violation majeure des droits fondamentaux de la personne, du type de celles qui constituent de la persécution au sens de l'analyse de cette question dans la jurisprudence mentionnée et dans le Guide du HCNUR.

73

I note that Desjardins J.A. correctly found, on the strength of *Eve*, that forced sterilization constitutes a violation of a basic human right. However, she later decided, at p. 724, that, as the record was silent concerning the medical procedure to be followed, she "must assume . . . that it is carried out through a normal procedure currently in use by those who voluntarily opt for this procedure elsewhere, including this country". With respect, I do not agree. In sum, I think that whatever technique is employed, it is utterly beyond dispute that forced sterilization is in essence an inhuman and degrading treatment involving bodily mutilation, and constitutes the very type of fundamental violation of basic human rights that is the concern of refugee law. I fully endorse the remark of Linden J.A. in *Cheung*, at p. 324, that "[t]here are a few practices that could be more intrusive and more brutal than forced sterilization". I add that even if the issue were dependent on the method of sterilization adopted, my assumptions about its nature would be different from that adopted by Desjardins J.A. If the specific nature of the sterilization procedure had to be made, I would tend to the view that the procedure would be most unlike the consensual procedure that would occur in Canada, a highly

Je tiens à préciser que le juge Desjardins a eu raison de conclure, en se fondant sur l'arrêt *Eve*, que la stérilisation forcée viole un droit fondamental de la personne. Cependant, elle a ensuite décidé, à la p. 724, que, comme le dossier ne disait rien quant à la méthode médicale suivie, elle devait «présumer que la stérilisation se fai[sait] conformément aux méthodes normales actuellement employées pour ceux qui choisissent volontairement de subir cette intervention dans d'autres pays, y compris celui-ci». Avec égards, je ne suis pas d'accord. En effet, selon moi, quelle que soit la technique utilisée, il est incontestable que la stérilisation forcée est essentiellement un traitement inhumain et dégradant donnant lieu à une mutilation corporelle irréversible et qu'elle constitue le type même de violation majeure des droits fondamentaux de la personne visée par le droit relatif aux réfugiés. J'appuie sans réserve l'observation du juge Linden, à la p. 324 de l'arrêt *Cheung*, qu'«[i]l existe peu de pratiques qui pourraient être plus abusives et plus brutales que la stérilisation forcée». Je tiens à ajouter que, même si la réponse à cette question dépendait de la méthode de stérilisation appliquée, mes hypothèses quant à sa nature seraient différentes de celles retenues par le juge

industrialized society with some of the finest medical facilities and practitioners in the world. The appellant, instead, would be sterilized for punitive rather than therapeutic reasons, in a nation where sterilization abuses have already been documented, at the behest of persons angry at the appellant for depriving them of a bonus for low birth rates, and in facilities most unlikely to rival a Canadian hospital.

Well-Founded Fear

Ward confirmed the approach of Heald J.A. in *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.), that a well-founded fear must be evaluated both subjectively and objectively. The UNHCR Handbook enunciates an identical approach. As to the former, the Board made no attempt in its written reasons to assess the evidence respecting the appellant's fear of persecution in the form of forced sterilization. It merely decided that it did not find sterilization to be a form of persecution, accepting it as a measure on the part of the Chinese government to implement a family planning policy.

Is there evidence on the record upon which this Court can find that the appellant exhibited a subjective fear of forced sterilization? The ambiguity of the evidence makes the determination of the appellant's subjective fear an intricate task. Adding to the obstacles preventing a rapid determination of the appellant's subjective fear is the evidence, apparent upon an examination of the written record, that in at least two instances, the appellant was unwilling to state or elaborate upon certain information, a phenomenon not at all

Desjardins. S'il fallait déterminer la nature précise de la méthode de stérilisation, j'aurais tendance à croire que cette méthode serait fort différente de la procédure consensuelle qui serait suivie au Canada, société hautement industrialisée où l'on trouve certains des meilleurs établissements médicaux et des médecins les plus compétents au monde. En Chine, au contraire, l'appelant serait stérilisé non pas pour des raisons thérapeutiques mais plutôt en tant que châtement, dans un pays où l'existence d'abus en matière de stérilisation est documentée. De plus, ce châtement lui serait infligé dans un établissement qui a très peu de chances d'être l'égal d'un hôpital canadien, et sur ordre de personnes furieuses contre lui parce qu'il les a privées d'une prime liée aux faibles taux de natalité.

Craindre avec raison

L'arrêt *Ward* a confirmé la méthode appliquée par le juge Heald dans l'arrêt *Rajudeen c. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.F.), et selon laquelle il faut se demander, à la fois sur le plan subjectif et sur le plan objectif, si le demandeur craint avec raison d'être persécuté. Le Guide du HCNUR énonce une méthode identique. Pour ce qui est de l'évaluation sur le plan subjectif, il convient de rappeler que la Commission n'a pas apprécié, dans ses motifs écrits, la preuve concernant la crainte de l'appelant d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser. Elle a tout simplement conclu que, selon elle, la stérilisation n'était pas une forme de persécution, estimant qu'il s'agissait plutôt d'une mesure prise par le gouvernement chinois pour mettre en œuvre une politique de planification familiale.

Existe-t-il, au dossier, des éléments de preuve permettant à notre Cour de conclure que l'appelant a manifesté une crainte subjective d'être forcé de se faire stériliser? Vu l'ambiguïté de la preuve, il est complexe de statuer sur le caractère subjectif de la crainte de l'appelant. Outre les obstacles à une décision rapide sur ce point, il est évident, à la lecture du dossier, que l'appelant a refusé, à au moins deux reprises, de donner certains renseignements ou d'apporter des précisions, phénomène qui n'est pas rare chez les demandeurs du statut de réfugié

uncommon to refugee claimants from other cultures. The UNHCR Handbook offers substantial guidance in this area:

46. The expressions “fear of persecution” or even “persecution” are usually foreign to a refugee’s normal vocabulary. A refugee will indeed only rarely invoke “fear of persecution” in these terms, though it will often be implicit in his story. Again, while a refugee may have very definite opinions for which he has had to suffer, he may not, for psychological reasons, be able to describe his experiences and situation in political terms.

198. A person who, because of his experiences, was in fear of the authorities in his own country may still feel apprehensive vis-à-vis any authority. He may therefore be afraid to speak freely and give a full and accurate account of his case. [Emphasis added.]

The appellant twice noticeably constrained his testimony in regard to the anger and abuse of the PSB directed at the appellant and his family for violating the birth control policy, stating that it “would be very difficult for me to tell you in detail” and that “for me it’s very hard to say out loud”. The appellant’s reluctance to speak at such a crucial stage of his testimony — and the lack of intervention on the part of the Board, when faced with the appellant’s hesitation, to invite him to articulate his experiences fully — would, if one gives credence to the UNHCR Handbook, appear not uncommon in a refugee hearing.

76

Given the problems with the translation record, I see little merit in isolating portions of the appellant’s responses in order to highlight possible prevarication. The appellant’s testimony must, as the Handbook instructs us, be read in context in its entirety with some allowance for the translation errors that certainly occurred in the appellant’s answers and quite possibly in the translation of the Board questions. Viewed in this light, the appel-

qui arrivent de milieux culturels différents. Le Guide du HCNUR donne des indications importantes à cet égard:

46. Généralement, un réfugié ne dira pas expressément qu’il «craint d’être persécuté» et même il n’emploiera pas le mot «persécution», mais, sans qu’il l’exprime ainsi, cette crainte transparaîtra souvent à travers tout son récit. De même, bien qu’un réfugié puisse avoir des opinions très arrêtées pour lesquelles il a eu à souffrir, il peut ne pas être capable, pour des raisons psychologiques, d’exposer son expérience vécue, sa situation, en termes politiques.

198. Une personne qui, par expérience, a appris à craindre les autorités de son propre pays peut continuer à éprouver de la défiance à l’égard de toute autre autorité. Elle peut donc craindre de parler librement et d’exposer pleinement et complètement tous les éléments de sa situation. [Je souligne.]

L’appelant a, à deux reprises, limité sensiblement son témoignage relativement à la colère et aux abus du BSP envers lui et sa famille par suite de la violation de la politique de contrôle des naissances, affirmant qu’[TRADUCTION] «[il] [lui] serait très difficile de [leur] relater [ces faits] en détail» et qu’«il [lui était] très difficile de parler de cela à haute voix». Si l’on se fie au Guide du HCNUR, la réticence de l’appelant à parler à une étape aussi cruciale de son témoignage — et le fait que la Commission ne soit pas alors intervenue pour l’inviter à raconter le détail de ses expériences — ne sont pas, semble-t-il, des situations rares au cours de l’audition des demandes du statut de réfugié.

Compte tenu des problèmes soulevés par la traduction du témoignage de l’appelant, il serait peu utile, à mon avis, d’isoler certains passages des réponses de celui-ci pour faire ressortir qu’il aurait usé de faux-fuyants. Selon le Guide du HCNUR, le témoignage de l’appelant doit être examiné dans son ensemble, en tenant compte des erreurs qui se sont certainement glissées dans la traduction des réponses de l’appelant et qui se sont fort vraisemblablement produites dans la traduction des questions de la Commission. Dans ce contexte, le témoignage de l’appelant ne semble pas particulièrement

lant's testimony does not seem to be particularly equivocal. I cite a portion of the transcript:

Q Now, you stated that you signed the confirmation that you would undergo sterilization. Why did you sign that confirmation?

A Because I felt if I did not sign, I cannot accommodate their request. They can come every day, from the morning to night. Then psychologically, we cannot take that, and also they can go one step ahead, terminate me from my job, and also terminate my parents'. If it has to come to such a stage, that means we would not be able to live, so we sign — I signed this document so to pass this difficulty.

Q Did you ever intend to abide by their request for sterilization?

A I feel that whether one would like to take a sterilization is his own choice. Even though I'm not going to have a third child, it would not [be] absolutely necessary for me to take a sterilization operation. So I had never thought of going to have this kind of cruel operation.

On my reading, the appellant stated that he signed the sterilization consent to end the continued psychological harassment and threats to his employment and that of his parents — a significant peril to persons from cultures in which elders are revered. He then attempted to negate any inference that he actually intended to abide by the request to have the operation by stating that such an operation should be a matter of individual choice, that the operation was unnecessary as he was not going to have a third child in any event, and that despite signing the sterilization confirmation agreement, he never in fact considered submitting to an operation that he considered to be cruel. I fail to see how this testimony can serve as evidence of equivocation on the part of the appellant.

In terms of what the appellant stated would happen to him if returned to China, he listed a series of possible sanctions including arrest, unemploy-

ment équivoque. Je cite une partie de la transcription:

[TRADUCTION]

Q Vous avez affirmé avoir signé la confirmation comme quoi vous subiriez la stérilisation. Pourquoi avez-vous signé cette confirmation?

R Parce que je croyais que si je signalais pas, je ne pouvais donner suite à leur demande. Ils peuvent venir tous les jours, du matin au soir. Psychologiquement, c'est insupportable; et ils peuvent aller encore plus loin, ils peuvent me congédier et congédier mes parents. Si les choses devaient se rendre à un tel point, nous ne pourrions pas vivre; nous avons donc signé — j'ai signé ce document pour contourner cette difficulté.

Q Avez-vous déjà eu l'intention de vous conformer à leur demande de stérilisation?

R Je crois que la décision de se faire stériliser est un choix personnel. Même si j'ai décidé de ne pas avoir un troisième enfant, il ne me serait pas absolument nécessaire de subir l'intervention de stérilisation. Je n'avais donc jamais envisagé de subir ce type d'opération cruelle.

D'après mon interprétation de ce passage, l'appelant a dit qu'il avait signé le formulaire de consentement à la stérilisation pour faire cesser le harcèlement psychologique dont il était victime ainsi que les menaces qu'on proférait relativement à son emploi et à celui de ses parents — menaces importantes pour des gens appartenant à une culture où on vénère les personnes âgées. L'appelant a ensuite tenté de faire obstacle à toute inférence qu'il aurait effectivement eu l'intention d'obtempérer à la demande de stérilisation, et il a déclaré que la décision de subir une telle opération était un choix personnel, que, de toute façon, cette opération était inutile puisqu'il n'avait pas l'intention d'avoir un troisième enfant et, enfin, que même s'il avait signé l'accord confirmant qu'il se ferait stériliser, il n'avait jamais envisagé de se soumettre à une opération qu'il estimait cruelle. Je ne vois pas comment ce témoignage peut servir à prouver que l'appelant a usé de faux-fuyants.

Quant aux mesures qui, d'affirmer l'appelant, seraient prises contre lui s'il retournait en Chine, il a énuméré toute une série de sanctions possibles, y

ment, and even murder. Given the considerable testimony the appellant had already given concerning the mounting pressure upon him to submit to sterilization that resulted in his ensuing flight from China, it is not really surprising that he did not again mention that he could be sterilized if returned to that country. I note that he did mention other possible punishments, one of which at least, without deciding the matter at this point, would be a fundamental infringement of basic human rights on the facts of this case itself. Further it is not unreasonable that the appellant would mention punishments other than sterilization if returned as his jeopardy would have substantially altered. If returned, he would not only be seen as a pro-democracy sympathiser and violator of the population policy as before; he would also be regarded as a fraud for having falsely given consent to submit to surgery as well as bearing the ignominious and quite possibly dangerous distinction — given China's overall human rights record as noted in the Country Report — of being a forcibly returned exile. Put another way, it is not unimaginable that a refugee claimant might flee a country in fear of one form of persecution, only to find him- or herself forcibly returned and await punishment for another form of persecution reflective of both the original persecution and the added fact that the claimant had attempted to escape.

compris l'emprisonnement, le chômage et même le meurtre. Puisque l'appelant avait déjà longuement témoigné relativement aux pressions de plus en plus fortes qui avaient été exercées sur lui pour qu'il se soumette à la stérilisation et qui avaient entraîné son départ de la Chine, il n'est pas vraiment étonnant qu'il n'ait pas répété qu'il pourrait être stérilisé s'il retournait dans ce pays. Je tiens à préciser, sans toutefois trancher la question, qu'il a fait état d'autres peines possibles, dont au moins une serait une violation majeure des droits fondamentaux de la personne, compte tenu des faits de l'espèce. Qui plus est, il n'est pas déraisonnable que l'appelant mentionne qu'il pourrait faire l'objet d'autres peines que la stérilisation en cas de renvoi en Chine, car les risques qu'il courrait dans un tel cas auraient alors beaucoup changé. En effet, s'il était renvoyé en Chine, l'appelant serait non seulement considéré, tout comme avant son départ, comme un sympathisant pro-démocratique et un contrevenant à la politique démographique, mais aussi comme un fourbe pour avoir faussement consenti à se soumettre à une opération chirurgicale. De plus, on l'affublerait du titre ignominieux et fort vraisemblablement dangereux — compte tenu du dossier peu éloquent de la Chine au chapitre des droits de la personne selon le Country Report — d'exilé renvoyé de force. En d'autres termes, il est possible d'imaginer le cas d'un demandeur du statut de réfugié qui, après avoir fui parce qu'il craignait une certaine forme de persécution, soit ensuite contraint d'y retourner par la force et y encourt une autre forme de persécution reflétant à la fois les raisons de la persécution initiale et le fait qu'il a tenté d'échapper à celle-ci.

79

The fact that coercive sterilization is principally used against women in China is no argument that the appellant's fear of persecution was not well-founded. Numerous cases have considered claims by male refugees alleging fear of persecution by means of coerced sterilization in China; these include *Matter of Chang, supra, Respondent A, supra, Chen Zhou Chai v. Carroll*, 48 F.3d 1331 (4th Cir. 1995); *Shu-Hao Zhao v. Schiltgen*, 1995 WL 165562 (N.D. Cal.); *A. (W.R.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 98 (No. T89-00483); *K. (H.H.) (Re)*, [1991] C.R.D.D. No. 484 (No. V90-01187), and

Le fait que la stérilisation forcée est utilisée principalement contre les femmes en Chine ne permet pas d'affirmer que l'appelant n'avait pas raison de craindre d'être persécuté. Il existe de nombreuses décisions concernant des demandes du statut de réfugié présentées par des hommes qui disaient craindre d'être persécutés en Chine en étant forcés de se faire stériliser: *Matter of Chang, précité, Respondent A, précité, Chen Zhou Chai c. Carroll*, 48 F.3d 1331 (4th Cir. 1995); *Shu-Hao Zhao c. Schiltgen*, 1995 WL 165562 (N.D. Cal.); *A. (W.R.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 98

X. (D.K.) (Re), [1989] C.R.D.D. No. 293 (No. T89-0031). Even when Convention refugee status was not granted, it was not on the basis that coerced sterilization only applies to female population policy violators. Indeed, neither the parties nor the interveners based any argument on the basis that the policy applied only to women. All academic authorities I have consulted accept the fact that the policy applies, and is enforced, against both sexes.

Upon review of the appellant's evidence in its entirety, I find the fact that the appellant did not specifically invoke the term "fear of persecution" or equivalent words to that effect to be of no particular import. The appellant recounted descriptions of continued harassments both at home and at his place of employment, interrogations of employees and customers, threats and verbal abuse towards himself and his family members, the feeling of being compelled to sign both a confession of pro-democracy sympathies and a sterilization confirmation form. This testimony, together with his ensuing exodus from China, directs a finding that sufficient evidence exists to find that the appellant had an implicit well-founded fear of persecution.

I do not at this stage propose to deal at length with the second step of the inquiry, whether there are objective grounds for the appellant to fear forced sterilization. In this case, the generally known facts that I have previously set forth clearly establish these objective grounds. Thus, I reject Major J.'s conclusion that the appellant failed to adduce any evidence with respect to the objective basis of his fear of forced sterilization. This, too, is an issue that should be considered by the Board. That being so, I propose to consider the enumer-

(No. T89-00483); *K. (H.H.) (Re)*, [1991] C.R.D.D. No. 484 (No. V90-01187), et *X. (D.K.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 293 (No. T89-0031). Même dans les cas où le statut de réfugié au sens de la Convention n'a pas été accordé, ce n'était pas parce que la stérilisation forcée est appliquée uniquement aux femmes qui contreviennent à la politique démographique. De fait, ni les parties ni les intervenants n'ont présenté d'arguments fondés sur le fait que la politique ne s'appliquait qu'aux femmes. Tous les ouvrages de doctrine que j'ai consultés reconnaissent que cette politique vise les hommes et les femmes et qu'elle est effectivement appliquée aux personnes des deux sexes.

Après avoir examiné l'ensemble du témoignage de l'appelant, je suis d'avis que le fait que l'appelant n'a pas spécifiquement employé l'expression «craint d'être persécuté» ou des mots équivalents ne revêt pas d'importance particulière. L'appelant a raconté qu'il avait été victime de harcèlement continu tant chez lui qu'à son lieu de travail, qu'on avait interrogé des employés et des clients, que des menaces et des insultes avaient été proférées contre lui et les membres de sa famille et qu'il avait eu le sentiment d'avoir été contraint de signer un document confessant ses activités pro-démocratiques et un formulaire confirmant qu'il se ferait stériliser. Le témoignage de l'appelant, conjugué à son départ subséquent de la Chine, porte à conclure qu'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour statuer que l'appelant éprouvait une crainte implicite d'être persécuté.

Je ne me propose pas, à ce stade-ci, de m'attarder longuement au deuxième volet de l'examen, c'est-à-dire à la question de savoir si l'appelant a des raisons objectives de craindre d'être forcé de se faire stériliser. En l'espèce, les faits notoires dont j'ai fait état plus tôt établissent clairement l'existence de ces raisons objectives. En conséquence, je rejette la conclusion du juge Major que l'appelant n'a pas présenté d'éléments de preuve établissant le fondement objectif de sa crainte d'être forcé de se faire stériliser. Il s'agit d'une autre question qui devrait être examinée par la Commission. Cela dit, je vais maintenant examiner

ated grounds which comprise the essential grounds of contention in the court below.

Membership in a Particular Social Group

82 In *Ward, supra*, I set forth general guidelines intended to assist in the determination of whether a given refugee claimant could be said to fall within a particular social group. At page 739, I stated:

The meaning assigned to “particular social group” in the Act should take into account the general underlying themes of the defence of human rights and anti-discrimination that form the basis for the international refugee protection initiative. The tests proposed in *Mayers Cheung* and *Matter of Acosta, supra*, provide a good working rule to achieve this result. They identify three possible categories:

- (1) groups defined by an innate or unchangeable characteristic;
- (2) groups whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association; and
- (3) groups associated by a former voluntary status, unalterable due to its historical permanence.

The first category would embrace individuals fearing persecution on such bases as gender, linguistic background and sexual orientation, while the second would encompass, for example, human rights activists. The third branch is included more because of historical intentions, although it is also relevant to the anti-discrimination influences, in that one’s past is an immutable part of the person. [Emphasis added.]

83 As I believed apparent at the time of that decision, only a working rule was enunciated in *Ward*, not an unyielding deterministic approach to resolving whether a refugee claimant could be classified within a particular social group. The “general underlying themes of the defence of human rights and anti-discrimination” (p. 739) were to remain the paramount consideration in determining a claimant’s membership in any particular social group. I note that the emphasis on this point was

les motifs énumérés, y compris les principaux motifs litigieux devant la Cour d’appel fédérale.

L’appartenance à un groupe social

Dans l’arrêt *Ward*, précité, j’ai formulé des lignes directrices générales visant à aider à déterminer si un demandeur du statut de réfugié fait partie d’un groupe social. J’ai déclaré ceci, à la p. 739:

Le sens donné à l’expression «groupe social» dans la Loi devrait tenir compte des thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de la personne et de la lutte contre la discrimination qui viennent justifier l’initiative internationale de protection des réfugiés. Les critères proposés dans *Mayers, Cheung* et *Matter of Acosta*, précités, permettent d’établir une bonne règle pratique en vue d’atteindre ce résultat. Trois catégories possibles sont identifiées:

- (1) les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable;
- (2) les groupes dont les membres s’associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu’ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association; et
- (3) les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique.

La première catégorie comprendrait les personnes qui craignent d’être persécutées pour des motifs comme le sexe, les antécédents linguistiques et l’orientation sexuelle, alors que la deuxième comprendrait, par exemple, les défenseurs des droits de la personne. La troisième catégorie est incluse davantage à cause d’intentions historiques, quoiqu’elle se rattache également aux influences antidiscriminatoires, en ce sens que le passé d’une personne constitue une partie immuable de la vie. [Je souligne.]

Comme cela m’apparaissait évident au moment de cette décision, la règle énoncée dans l’arrêt *Ward* n’est qu’une règle pratique et non une règle absolue visant à déterminer si le demandeur du statut de réfugié peut être classé dans un groupe social donné. Les «thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de la personne et de la lutte contre la discrimination» (p. 739) doivent demeurer le facteur primordial en vue de la détermination de l’appartenance du demandeur à un groupe

not lost on either the appellant or the respondent in this case.

As the appellant does not claim membership in either the first or the third category under the working rule, only the second category need be considered. The starting point for this inquiry, then, is to determine whether the appellant is voluntarily associated in a manner so fundamental to his human dignity that he should not be required to forsake it. In approaching this question, I find it necessary to offer further commentary on two particular passages of my reasons in *Ward*: the simplified distinction between what one does as opposed to what one fundamentally is, as well as what should properly constitute the object of a claimants' purported voluntary association.

In *Ward*, I stated, at pp. 738-39:

Surely there are some groups, the affiliation in which is not so important to the individual that it would be more appropriate to have the person dissociate him- or herself from it before Canada's responsibility should be engaged. Perhaps the most simplified way to draw the distinction is by opposing what one is against what one does, at a particular time. For example, one could consider the facts in *Matter of Acosta* [Interim Decision 2986, 1985 WL 56042 (B.I.A.)], in which the claimant was targeted because he was a member of a taxi driver cooperative. Assuming no issues of political opinion or the right to earn some basic living are involved, the claimant was targeted for what he was doing and not for what he was in an immutable or fundamental way. [Emphasis in original.]

The distinction between what one fundamentally is as opposed to what one merely does offers, as was explained, the most simplified way of discerning when Canada's obligations to refugees should be able to be invoked. Such an inquiry only comes after a consideration of whether an issue exists concerning basic human rights has been undertaken. This simplified distinction was never intended to replace the *Ward* categories. It is still

social. Je tiens à faire remarquer que l'importance accordée à ce point n'a échappé, en l'espèce, ni à l'appelant ni à l'intimé.

Comme l'appelant ne prétend pas appartenir à la première ou à la troisième catégorie de cette règle pratique, il suffit d'examiner la deuxième. En conséquence, le point de départ de cet examen consiste à déterminer si l'appelant est associé volontairement à un groupe, d'une façon si essentielle à sa dignité humaine qu'il ne devrait pas être contraint de renoncer à cette association. Avant d'aborder l'examen de cette question, j'estime nécessaire de préciser deux passages de mes motifs dans l'arrêt *Ward*, premièrement la distinction simplifiée entre ce qu'une personne fait et ce qu'elle est fondamentalement, et, deuxièmement, la détermination de ce qui peut, à juste titre, constituer l'objet de l'association supposément volontaire du demandeur.

Dans l'arrêt *Ward*, j'ai affirmé ce qui suit, aux pp. 738 et 739:

Il existe sûrement des groupes auxquels l'affiliation de la personne en cause n'est pas à ce point importante pour elle qu'il conviendrait davantage qu'elle s'en dissocie pour que la responsabilité du Canada soit engagée. La façon la plus simple de faire la distinction consiste peut-être à mettre en opposition ce à quoi une personne s'oppose et ce qu'elle fait, à un moment donné. Par exemple, on pourrait examiner les faits en cause dans *Matter of Acosta* [Interim Decision 2986, 1985 WL 56042 (B.I.A.)], où le demandeur était visé parce qu'il était membre d'une coopérative de chauffeurs de taxis. À supposer qu'aucune question d'opinion politique ou de droit de gagner sa vie ne soit en cause, le demandeur a été visé en raison de ce qu'il faisait et non de ce qu'il était, et ce, d'une façon immuable ou fondamentale. [Souligné dans l'original.]

La distinction entre ce qu'une personne est d'une façon fondamentale par opposition à ce qu'elle fait simplement est, comme il a été expliqué, la façon la plus simple de déterminer dans quels cas il est possible de réclamer le respect par le Canada de ses obligations envers les réfugiés. On ne procède à cet examen qu'après s'être demandé s'il existe un litige portant sur les droits fondamentaux de la personne. Cette distinction

84

85

86

necessary under the second category to consider whether an association exists that is so fundamental to members' human dignity that they should not be required to forsake it. To apply this simplified distinction without proper consideration of the context in which it arose can lead to ludicrous results. Accepting that the appellant's own particular social group has yet to be yielded by my analysis up until this point of my reasons, I find it difficult to conceive that the associative qualities of having children may be considered so sufficiently analogous to the associative qualities of being a member of a taxi driver cooperative to warrant any meaningful comparison. Moreover, if the distinction was treated as a hurdle claimants are obliged to pass, behaviour fundamental to one's basic humanity, such as having children, could always be classified out of context as something one merely does rather than something one actually is. To pursue this example, however, surely it is nonsensical to find other than that one fundamentally is a parent. Parenting cannot be considered an activity that one merely does, as interchangeable as a particular occupation, without distorting the primary focus of refugee law: the assurance that basic human rights are not fundamentally violated without international recourse.

simplifiée n'a jamais eu pour objet de remplacer les catégories établies dans l'arrêt *Ward*. En effet, il est toujours nécessaire, relativement à la deuxième catégorie, de se demander s'il existe une association si essentielle à la dignité humaine de ses membres que ceux-ci ne devraient pas être contraints d'y renoncer. L'application de cette distinction simplifiée, sans bien tenir compte du contexte, peut conduire à des résultats absurdes. Compte tenu que, à ce stade-ci de mes motifs, mon analyse n'a pas encore indiqué à quel groupe social appartient l'appelant, il m'est difficile d'imaginer que la valeur, en tant que critère d'association, de la capacité de procréer peut être considérée comme étant suffisamment analogue à la valeur, sur ce même plan, de l'appartenance à une coopérative de chauffeurs de taxis et justifiant toute comparaison valable. En outre, si la distinction était considérée comme un obstacle que doivent franchir les demandeurs, un comportement aussi essentiel à la nature humaine que le fait d'avoir des enfants pourrait alors, dans tous les cas, être considéré hors contexte comme étant uniquement quelque chose qu'une personne fait plutôt que quelque chose qu'elle est réellement. Cependant, si nous poussons plus loin cet exemple, il serait certainement absurde de ne pas conclure qu'une personne est fondamentalement un parent. Le fait d'élever des enfants ne peut être considéré comme une simple activité que fait quelqu'un et qui est interchangeable avec n'importe quelle occupation, car cela aurait pour effet de dénaturer l'objet fondamental du droit relatif aux réfugiés, qui est de garantir des recours à l'échelle internationale aux victimes de violations majeures de leurs droits fondamentaux de la personne.

87

A further issue calls for clarification. The majority of the court below rejected the appellant's claim that he was a member of a particular social group under the second working rule on the basis that there was no evidence of voluntary, active, association. Upon reflection, it is apparent that it may seem possible to conclude that for a refugee to fall within the parameters of the second *Ward* category, such claimant would have to establish some type of voluntary association with a specific group. In order to avoid any confusion on this

Une autre question commande des précisions. La Cour d'appel a, à la majorité, rejeté l'argument de l'appelant qu'il appartenait à un groupe social en vertu de la deuxième règle pratique, au motif qu'il n'y avait pas de preuve d'une association volontaire active. À la réflexion, il est évident qu'il peut sembler possible de conclure que, pour être visé par les paramètres de la deuxième catégorie prévue par l'arrêt *Ward*, le demandeur du statut de réfugié doit établir l'existence d'une certaine forme d'association volontaire à un groupe donné.

point let me state incontrovertibly that a refugee alleging membership in a particular social group does not have to be in voluntary association with other persons similar to him- or herself. Such a claimant is in no manner required to associate, ally, or consort voluntarily with kindred persons. Professor Audrey Macklin in "*Canada (Attorney-General) v. Ward: A Review Essay*" (1994), 6 *Int'l J. of Refugee L.* 362, offers an analysis that returns the second *Ward* test to its proper inquiry. She states, at p. 375:

In principle, an anti-discrimination approach should look at the imposed social consequences of possessing certain attributes. After all, it hardly matters to a racist whether a person of colour sees himself or herself as united with other people of colour in a stable association to achieve common purposes. As long as perpetrators of persecution treat people with a shared attribute as comprising a group by virtue of that common characteristic, whether individuals so identified would choose to see themselves as united in any meaningful sense has little impact.

The point can also be illustrated using students as a social group. Assume that a Chinese student is persecuted by police in the wake of the Tianamen Square pro-democracy, anti-government demonstrations. The student may be entirely apolitical, have taken no part in the protest, and indeed have nothing to do with fellow students outside the classroom. The police may not even care whether the student shares the views of those who participated in the demonstrations. It is enough to be a student, and for students to have instigated the demonstrations. That student cannot be said to 'voluntarily associate' with other members of the designated social group, but may be understood as being voluntarily associated with the status of student for reasons fundamental to human dignity.

As Professor Macklin recognizes, the question that must be asked is whether the appellant is voluntarily associated with a particular status for reasons so fundamental to his human dignity that he should not be forced to forsake that association. The asso-

Pour éviter toute confusion sur ce point, permettez-moi d'affirmer, d'une manière indéniable, que le demandeur qui dit appartenir à un groupe social n'a pas besoin d'être associé volontairement avec d'autres personnes semblables à lui. Il n'est d'aucune façon tenu de s'associer, de s'allier ou de frayer volontairement avec des personnes qui lui ressemblent. Dans son article «*Canada (Attorney-General) v. Ward: A Review Essay*» (1994), 6 *Int'l J. of Refugee L.* 362, le professeur Audrey Macklin fait une analyse qui resitue bien le deuxième critère formulé dans l'arrêt *Ward*. L'auteure affirme ceci, à la p. 375:

[TRADUCTION] En principe, il faut, dans le cadre d'une analyse fondée sur la lutte contre la discrimination, examiner les conséquences sociales qui sont imposées à une personne du fait qu'elle possède certaines caractéristiques. Après tout, il importe peu à un raciste qu'une personne de couleur se considère comme unie à d'autres personnes de couleur dans une association stable à des fins communes. Dans la mesure où les persécuteurs considèrent que des personnes possédant une caractéristique commune constituent de ce fait un groupe, il est peu important de savoir si ces personnes se considèrent elles-mêmes comme unies d'une quelconque façon concrète.

Ce point peut également être illustré en utilisant les étudiants comme groupe social. Supposons qu'un étudiant chinois soit persécuté par la police à la suite des manifestations pro-démocratiques et antigouvernementales de la place Tiananmen. Cet étudiant pourrait bien être tout à fait apolitique, ne pas avoir participé à la protestation et, de fait, n'avoir rien en commun avec les autres étudiants à l'extérieur des salles de cours. Il est même possible qu'il soit complètement égal à la police que l'étudiant partage ou non les vues de ceux qui ont participé aux manifestations. La seule chose qui compte c'est que la personne est un étudiant et que ce sont les étudiants qui sont à l'origine des manifestations. Bien qu'il soit impossible d'affirmer que cet étudiant «s'associe volontairement» à d'autres membres du groupe social désigné, il peut être considéré comme volontairement associé de par le statut d'étudiant, pour des raisons essentielles à la dignité humaine.

Comme le reconnaît le professeur Macklin, il faut se demander si l'appelant est volontairement associé de par un statut particulier, pour des raisons si essentielles à sa dignité humaine, qu'il ne devrait pas être contraint de renoncer à cette association.

ciation or group exists by virtue of a common attempt made by its members to exercise a fundamental human right.

L'association ou le groupe existe parce que ses membres ont tenté, ensemble, d'exercer un droit fondamental de la personne.

88

I accept the respondent's categorization of the right asserted as the basic right of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children. This fundamental right has been recognized in international law in the *International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, Can. T.S. 1976 No. 47, Art. 23(2), the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, March 1, 1980, Can. T.S. 1982 No. 31, Art. 16(1)(e) (to both of which Canada and China adhere), and by the draft *Programme of Action of the United Nations International Conference on Population and Development*, Principle 8, at p. 9, and Chapter VII, para. 7.2, at p. 34. In my view, this association is so fundamental to the human dignity of the appellant that he should not be forced to forsake it.

Je suis d'accord avec la façon dont l'intimé a qualifié le droit revendiqué, c'est-à-dire le droit fondamental de tous les couples et individus de décider librement et en toute connaissance du moment où ils auront des enfants, du nombre d'enfants qu'ils auront et de l'espacement des naissances. Ce droit fondamental a été reconnu, en droit international, dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, R.T. Can. 1976 N° 47, par. 23(2) et dans la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1^{er} mars 1980, R.T. Can. 1982 N° 31, al. 16(1)e (instruments auxquels adhèrent le Canada et la Chine), ainsi que par le *Projet de programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement*, le principe 8, à la p. 9 et le ch. VII, par. 7.2, à la p. 34. À mon avis, cette association est si essentielle à la dignité humaine de l'appelant qu'il ne devrait pas être contraint d'y renoncer.

89

In sum, I think that the majority of the Court of Appeal erred in its determination of the appellant's particular social group. Persons such as the appellant, if persecuted on the basis of having had more than one child, would be able to allege membership in a particular social group.

Bref, je suis d'avis que la décision des juges de la majorité de la Cour d'appel fédérale en ce qui concerne l'appartenance de l'appelant à un groupe social est erronée. Les personnes comme l'appelant, si elles sont persécutées parce qu'elles ont eu plus d'un enfant, peuvent invoquer l'appartenance à un groupe social.

Political Opinion

Les opinions politiques

90

Thus far I have confined myself to the issue whether the appellant might properly be classified as a member of a particular social group. The possibility also exists that the appellant may have a well-founded fear of persecution on the basis of a political opinion held by or imputed to him. Given the Board's treatment of this issue, I find it necessary to make a few cursory remarks about it.

Jusqu'à maintenant, je me suis contenté d'examiner la question de savoir si on peut dire, à bon droit, que l'appelant appartient à un groupe social. Il est par ailleurs possible que l'appelant craigne avec raison d'être persécuté du fait des opinions politiques qu'il a ou qu'on lui impute. Vu la façon dont la Commission a examiné cette question, j'estime nécessaire de faire quelques brèves remarques à ce sujet.

While I understand that *Ward* had not been decided when the appellant's hearing took place, the Board may have erred in its consideration of the political opinion of the appellant by failing to adopt a holistic approach to the interpretation of the appellant's evidence. Specifically, the Board in its reasons only considered the appellant's evidence as to his harassment by PSB officers for his pro-democracy activities in terms of determining whether the appellant was persecuted for his political opinion. The Board made note that no evidence had been adduced showing that the investigation of the appellant's pro-democracy activities extended beyond April 1990. While the Board was correct that no such evidence was directly adduced, testimony was presented stating that by May 1990, PSB officers, together with neighbourhood committee members, began their harassment of the appellant and his family for having violated the birth control policy. I do not believe it would have been unreasonable for the Board to infer that, having accepted that the PSB conducted an investigation running from September 1989, until April 1990 concerning the degree and nature of the appellant's pro-democracy activities, the immediately ensuing investigation by the PSB into the appellant's birth policy violation might have been causally linked. Of course, a refugee claimant in the position of the appellant cannot be expected to provide evidence that the two investigations were indeed related. The Board, though, should not, in its considerations, ignore such possibilities. Given the proximity in time of two PSB investigations concerning an individual accepted by the Board as having suffered past persecution on the basis of his family status, who had confirmed to PSB officials that he was a pro-democracy sympathizer, it does not seem improbable that the second investigation may have been a pretext to punish the appellant. This conclusion seems altogether possible consid-

Je comprends que l'arrêt *Ward* n'avait pas encore été rendu au moment de l'audition de la revendication de l'appelant, néanmoins, il est possible que la Commission ait commis une erreur dans l'examen de la question des opinions politiques de l'appelant en n'interprétant pas globalement la preuve de ce dernier. En effet, dans ses motifs, pour décider si l'appelant était persécuté du fait de ses opinions politiques, la Commission n'a pris en considération que la partie du témoignage de l'appelant concernant le harcèlement dont il aurait été victime aux mains des fonctionnaires du BSP en raison de ses activités pro-démocratiques. La Commission a signalé qu'il n'avait été présenté aucune preuve établissant que l'enquête relative aux activités pro-démocratiques de l'appelant s'était poursuivie après avril 1990. Même si la Commission a eu raison de dire qu'aucune preuve directe de ce fait n'a été présentée, il a été dit, dans le témoignage, que les fonctionnaires du BSP et les membres du comité de quartier avaient, dès le mois de mai 1990, commencé à harceler l'appelant et sa famille par suite de la violation de la politique de contrôle des naissances. Comme la Commission avait accepté que le BSP avait, de septembre 1989 à avril 1990, enquêté sur la nature et l'étendue des activités pro-démocratiques de l'appelant, je ne crois qu'il aurait été déraisonnable pour elle d'inférer qu'il existait un lien de causalité entre cette enquête et celle réalisée tout de suite après par le BSP relativement à la violation par l'appelant de la politique démographique. Il va de soi qu'on ne peut attendre d'un demandeur du statut de réfugié dans la situation de l'appelant qu'il fournisse la preuve qu'il y avait effectivement un lien entre les deux enquêtes. Pourtant, la Commission ne devrait pas faire abstraction de ces possibilités dans ses délibérations. Compte tenu de la proximité des deux enquêtes effectuées par le BSP relativement à une personne qui, comme l'a reconnu la Commission, avait été victime de persécution dans le passé du fait de sa situation familiale et qui avait confirmé aux fonctionnaires du BSP qu'il était un sympathisant pro-démocratique, le fait que la deuxième enquête ait pu servir de prétexte pour punir l'appelant n'apparaît pas improbable. Cette conclusion semble tout à fait possible compte tenu

ering that China is governed by an authoritarian regime scarcely tolerant of political dissent.

du fait que la Chine est dirigée par un régime totalitaire, qui ne tolère guère la dissidence politique.

92

The UNHCR Handbook sets forth the approach a Refugee Board should follow on such matters. As mentioned, para. 201 instructs a Board to ascertain a wide range of circumstances and to take into account the cumulative effect of the applicant's experience as all the incidents related by the applicant, taken together, could make his fear "well-founded". Following these sensible guidelines, it is quite possible that the Board drew an artificial distinction in considering PSB investigation of the appellant for his pro-democracy activities separately from the rapidly ensuing harassment of the appellant for his violation of the population policy. Given that not all urban Han Chinese who have more than one child are required to be sterilized and that abuses of sterilization authority have been acknowledged by Chinese officials, I think there was a sufficient evidentiary basis for the Board to conclude that the PSB may have wished to force the appellant to endure this invasive surgery as a cumulative punishment for his sympathies and actions contrary to the government. The appellant's testimony that the PSB derided him as an "enemy of the class" and accused him of acting "purposely against the government" upon learning of the birth of his second child, can support a conclusion that, from the perspective of the local authorities, his violation of the population policy was linked to his known political stance.

Le Guide du HCNUR expose la méthode que devrait suivre relativement à ces questions, le tribunal chargé d'examiner la revendication du statut de réfugié. Comme je l'ai mentionné précédemment, aux termes de l'article 201, le tribunal doit faire la lumière sur tout un ensemble de circonstances et prendre en considération l'effet cumulatif des expériences passées du demandeur, car il est possible que le demandeur craigne «avec raison» d'être persécuté à cause d'un enchaînement de faits, considérés dans leur ensemble. À partir de ces lignes directrices judicieuses, il est possible que la Commission ait établi une distinction artificielle et considéré séparément l'enquête effectuée par le BSP relativement aux activités pro-démocratiques de l'appelant et le harcèlement dont il n'a pas tardé à faire l'objet pour avoir violé la politique démographique. Compte tenu du fait que les Chinois Han qui habitent les régions urbaines et qui ont plus d'un enfant ne sont pas tous tenus de subir la stérilisation et du fait que les fonctionnaires chinois ont reconnu que des abus avaient été commis dans l'application du pouvoir d'ordonner la stérilisation, je suis d'avis que la Commission disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour conclure qu'il était possible que le BSP ait voulu contraindre l'appelant à subir cette opération chirurgicale attentatoire à titre de peine additionnelle pour ses gestes de solidarité et ses actions antigouvernementales. Le témoignage de l'appelant selon lequel le BSP l'avait tourné en dérision en le traitant d'«ennemi du peuple» et l'avait accusé d'agir «à dessein contre le gouvernement» après avoir appris la naissance de son deuxième enfant peut étayer la conclusion que, du point de vue des autorités locales, la violation de la politique démographique par l'appelant était liée à sa prise de position politique notoire.

93

Having concluded the matter of the appellant's political opinion in this manner I leave it for another case to resolve whether the action itself of having a child can constitute, in the words of Goodwin-Gill, *supra*, quoted in *Ward*, at p. 746, an

Vu ma conclusion relativement aux opinions politiques de l'appelant, je remets à une autre occasion l'examen de la question de savoir si l'acte même d'avoir un enfant constitue, pour reprendre les termes suivants de Goodwin-Gill, précité, qui

“opinion on any matter in which the machinery of state, government, and policy may be engaged”.

The Decision in *Cheung* Determinative

Finally I should add a word about the treatment accorded by the majority of the Federal Court of Appeal to its own recent decision in *Cheung*. As I read them, I am unable to see any relevant distinction between that case and the present and the court should not have departed from its reasoning in *Cheung*, particularly in view of this Court’s endorsement of that decision in *Ward*. I am aware that the Federal Court of Australia has recently followed Heald J.A.’s interpretation of *Ward* on that point; see *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Respondent A*, *supra*, but for my part I find the reasons of Sackville J., the reviewing judge in that case, ((1994), 127 A.L.R. 383), more consistent with the reasoning in *Ward* as I have explained earlier.

Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs throughout. I would remit the case to the Refugee Board for hearing *de novo* in a manner consistent with these reasons.

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

MAJOR J. —

I. Facts

The appellant is a university educated married man who held a managerial position in a manufacturing company and owned a restaurant business in the city of Guangzhou in the People’s Republic of China (PRC). He fled to Hong Kong on July 19, 1990, and proceeded to Canada where he sought Convention refugee status based on his fear of per-

sont repris dans l’arrêt *Ward*, à la p. 746, une «opinion sur une question dans laquelle l’appareil étatique, gouvernemental et politique peut être engagé».

Le caractère déterminant de l’arrêt *Cheung*

Enfin, je tiens à ajouter un mot relativement à la façon dont les juges de la majorité de la Cour d’appel fédérale ont, en l’espèce, interprété la récente décision de leur Cour dans l’arrêt *Cheung*. Je ne vois aucune distinction importante entre cet arrêt et le présent cas, et la Cour d’appel n’aurait pas dû déroger au raisonnement qu’elle avait suivi dans l’arrêt *Cheung*, compte tenu particulièrement du fait que notre Cour a approuvé cette décision dans l’arrêt *Ward*. Par ailleurs, je sais que la Cour fédérale d’Australie a récemment suivi l’interprétation qu’a donnée le juge Heald de l’arrêt *Ward* sur ce point: voir *Minister for Immigration and Ethnic Affairs c. Respondent A*, précité. Cependant, comme je l’ai déjà expliqué, je suis d’avis que les motifs du juge Sackville, qui siégeait en révision dans cette affaire ((1994), 127 A.L.R. 383), concordent davantage avec le raisonnement suivi dans l’arrêt *Ward*.

Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de renvoyer l’affaire à la Commission pour qu’elle entende de nouveau l’affaire, en conformité avec les présents motifs.

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

LE JUGE MAJOR —

I. Les faits

L’appelant, diplômé universitaire et homme marié, occupait un poste de gestion au sein d’une entreprise de fabrication en plus d’être propriétaire d’un restaurant à Guangzhou, en République populaire de Chine (RPC). Il s’est enfui à Hong Kong, le 19 juillet 1990, puis il s’est rendu au Canada, où il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la

94

95

96

secution because of his political opinion and membership in a particular social group.

Convention pour le motif qu'il craint d'être persécuté du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social.

97 In his testimony before the Immigration and Refugee Board, the appellant alleged that during the Cultural Revolution his family was persecuted owing to his father's background as a landowner.

Dans son témoignage devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, l'appelant a allégué que, durant la Révolution culturelle, sa famille a été persécutée parce que son père était un ancien propriétaire foncier.

98 The appellant operated a restaurant in Guangzhou. On June 5 and 6, 1989, students in the pro-democracy movement demonstrated outside his restaurant. Since the appellant was sympathetic to the political cause of the students, he donated food, drinks and 100 renminbi to them during those two days. Between July 1989 and April 1990, Public Security Bureau (PSB) officers visited the restaurant on 13 or more occasions. During these visits, they accused the appellant of having participated in the pro-democracy movement. They also interrogated both the staff and customers at the restaurant regarding the appellant and the students. After the second PSB visit in mid July 1989, the appellant voluntarily reported to the office of the PSB and wrote a confession of his pro-democracy activities.

L'appelant exploitait un restaurant à Guangzhou. Les 5 et 6 juin 1989, des étudiants faisant partie du mouvement pro-démocratique ont manifesté devant son restaurant. Comme l'appelant était favorable aux revendications politiques des étudiants, il leur a, pendant ces deux jours, fourni à manger et à boire, en plus de leur donner 100 renminbis. Entre juillet 1989 et avril 1990, des agents du bureau de la sécurité publique (BSP) se sont rendus à son restaurant à au moins 13 reprises. À l'occasion de ces visites, ils ont accusé l'appelant d'avoir participé au mouvement pro-démocratique. Ils ont aussi interrogé le personnel et des clients du restaurant au sujet de l'appelant et des étudiants. Après la deuxième visite du BSP, à la mi-juillet 1989, l'appelant s'est présenté volontairement à la section locale du bureau de la sécurité publique où il a confessé par écrit ses activités pro-démocratiques.

99 The appellant alleged that in April 1990, the PSB discovered the birth of his second child (born in November 1989) and accused him of having violated the birth control policy of the country. PSB officers visited his home on five occasions concerning this violation. They demanded a monetary fine and the sterilization of either the appellant or his wife. His wife lost her job owing to this violation. After the last visit, the appellant voluntarily submitted a written undertaking to the PSB office that he would undergo sterilization within three months. Twenty days later, the appellant left the PRC on a false passport.

L'appelant allègue que, en avril 1990, le BSP a découvert la naissance de son deuxième enfant (né en novembre 1989) et l'a accusé d'avoir violé la politique de contrôle des naissances du pays. Les agents du BSP ont visité le domicile de l'appelant à cinq reprises relativement à cette violation. Ils ont exigé que l'appelant paie une amende et que ce dernier ou son épouse se fasse stériliser. Celle-ci a d'ailleurs perdu son emploi en raison de la violation de la politique. Après la dernière visite des agents du BSP, l'appelant a volontairement déposé aux quartiers du BSP une promesse écrite qu'il se ferait stériliser dans un délai de trois mois. Vingt jours plus tard, l'appelant a quitté la RPC en utilisant un faux passeport.

100 The appellant testified that since his departure from the PRC, he had learned that his violation of the country's birth control policy has caused his

L'appelant a témoigné que, depuis son départ de la RPC, il a appris que, en raison du fait qu'il a violé la politique de contrôle des naissances de ce

family to suffer continued harassment in the form of PSB visitations to their home and that, on one occasion, his wife was detained overnight by the PSB. He also alleged that, should he return to the PRC, he might face arrest, imprisonment, long-term unemployment, or even murder.

II. Legislation

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2 (rep. & sub. c. 28 (4th Supp.), s. 1)

2. (1) In this Act,

“Convention refugee” means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person’s nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person’s former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act;

III. Judicial History

A. *Immigration and Refugee Board (Refugee Division)* October 23, 1991

(1) Family Background

On the appellant’s claim that he feared persecution as a result of his family background, the Board held:

This panel accepts that the various members of the claimant’s family, including the claimant, have suffered persecution during the Cultural Revolution due to their family background. However, no evidence was adduced to suggest that the claimant was persecuted beyond the

pays, sa famille n’a pas cessé d’être harcelée par des visites des agents du BSP à son domicile, et que, à une occasion, sa femme a même été détenue pendant toute une nuit par le BSP. Il a aussi prétendu que, s’il retournait en RPC, il risquait d’être arrêté, d’être emprisonné, de rester en chômage prolongé et même d’être assassiné.

II. Les dispositions législatives

La Loi sur l’immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2 (abr. & rempl. ch. 28 (4^e suppl.), art. 1)

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) soit, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n’a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l’annexe de la présente loi.

III. Les décisions rendues

A. *La Commission de l’immigration et du statut de réfugié (Section du statut de réfugié)*, le 23 octobre 1991

(1) Les antécédents familiaux

Concernant l’allégation de l’appelant qu’il craint d’être persécuté du fait de ses antécédents familiaux, la Commission a conclu:

[TRADUCTION] Le tribunal accepte le témoignage selon lequel les membres de la famille du demandeur, dont le demandeur lui-même, ont été persécutés pendant la Révolution culturelle du fait de leurs antécédents familiaux. Toutefois, il n’a été présenté aucun élément

period of the Cultural Revolution. Furthermore, he was able to subsequently obtain a university education and several managerial positions. According to all the above, this panel does not find the claimant to have good grounds for fearing persecution based on his membership in a particular social group, namely, his family background.

(2) Political Opinion

102 With respect to the appellant's alleged fear of persecution by reason of his participation in pro-democracy activities, the Board noted that the PSB had made no attempt to arrest the appellant after he had voluntarily confessed his activities to the PSB although they had ample opportunity to do so.

103 The Board found no evidence to suggest that the investigation into the appellant's involvement with the pro-democracy movement continued beyond April 1990 and noted that five months after his departure from the PRC in July 1990, he had been able to renew his driver's licence. The Board held:

Based on the evidence, this panel does not find the claimant to have good grounds for fearing persecution by reason of his political opinion as manifested through his pro-democracy activities.

(3) Sterilization Not Persecution

104 With regard to the appellant's alleged fear of persecution by reason of forced sterilization, the Board held:

The claimant alleged a fear of persecution by being forced to undergo sterilization. This panel does not find sterilization in itself to be a form of persecution for a Convention reason but rather we accept it as a measure on the part of the [Chinese] government to implement a family planning policy applicable to all of its citizens. Furthermore, the claimant testified that he does not wish to have any more children and no evidence was adduced to suggest that the claimant would be physically abused during the sterilization process. According to all the above, this panel does not find the claimant's fear of

de preuve tendant à indiquer que le demandeur a été persécuté après cette période. Qui plus est, le demandeur a pu ultérieurement faire des études universitaires et occuper plusieurs postes de gestion. Compte tenu de tout ce qui précède, ce tribunal ne juge pas que le demandeur a des motifs valables de craindre la persécution du fait de son appartenance à un groupe social, savoir, sa famille.

(2) Les opinions politiques

Pour ce qui est de l'allégation de l'appelant qu'il craint d'être persécuté du fait de sa participation à des activités pro-démocratiques, la Commission a indiqué que le BSP, même s'il avait eu amplement l'occasion de le faire, n'avait pas tenté d'arrêter l'appelant après qu'il lui eut volontairement confessé ses activités.

La Commission a constaté qu'aucune preuve n'indiquait que l'enquête concernant la participation de l'appelant au mouvement pro-démocratique s'était poursuivie après avril 1990, et elle a signalé que, cinq mois après son départ de la RPC en juillet 1990, l'appelant avait été capable de renouveler son permis de conduire. La Commission a conclu ainsi sur ce point:

[TRADUCTION] Compte tenu de la preuve, le tribunal ne juge pas que le demandeur a des motifs valables de craindre la persécution du fait des opinions politiques qu'il a fait connaître par ses activités pro-démocratiques.

(3) La stérilisation n'équivaut pas à persécution

En ce qui concerne l'allégation du requérant qu'il craint d'être persécuté en étant forcé de se faire stériliser, la Commission a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] Le demandeur a allégué qu'il craignait d'être persécuté en étant forcé de subir la stérilisation. Ce tribunal conclut que la stérilisation n'est pas en soi une forme de persécution pour un motif visé par la Convention; nous estimons plutôt qu'il s'agit d'une mesure du gouvernement chinois pour mettre en œuvre une politique de planification familiale applicable à tous ses citoyens. En outre, le demandeur a attesté qu'il ne voulait plus avoir d'enfants et aucune preuve n'a été présentée indiquant que le demandeur subirait des sévices pendant l'intervention de stérilisation. Vu tout ce qui

persecution in the form of a forced sterilization to be well-founded.

The Board concluded that the appellant was not a Convention refugee.

B. *Federal Court of Appeal*, [1993] 3 F.C. 675

The appellant appealed only on the issue of forced sterilization. The three members of the Federal Court of Appeal dismissed the appeal with one justice dissenting.

(1) Heald J.A.

Heald J.A., in dismissing the appeal, noted at p. 686 that the Federal Court of Appeal concluded in *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.), at p. 322, that "forced or strongly coerced sterilization" of a woman constituted persecution since it violates her security of the person and subjects her to cruel, inhuman and degrading treatment. He held that the sterilization of a man is not qualitatively different from that of a woman and therefore is persecution pursuant to *Cheung*.

Heald J.A. noted, however, that not all breaches of the one-child policy would result in forced sterilization. Forced sterilization is not a law of general application but an enforcement measure taken by only some local authorities. Other local authorities use acceptable sanctions such as economic ones. Therefore, the determination of whether a person with more than one child has a well-founded fear of persecution is a finding of fact which depends upon the evidence in respect of the practices of the relevant local authority.

On a review of the evidence, Heald J.A. held that the appellant had not established a well-founded fear of sterilization. This case differs from *Cheung* in that the Board did not find that the

précède, ce tribunal conclut que la crainte du demandeur d'être persécuté par le biais d'une stérilisation forcée n'est pas fondée.

La Commission a statué que l'appellant n'était pas un réfugié au sens de la Convention.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1993] 3 C.F. 675

L'appellant n'a interjeté appel que sur la question de la stérilisation forcée. La formation de trois juges de la Cour d'appel fédérale, dont un juge dissident, a rejeté l'appel.

(1) Le juge Heald

Le juge Heald, qui a rejeté l'appel, a indiqué à la p. 686 que, dans l'arrêt *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.), à la p. 322, la Cour d'appel fédérale a conclu que, dans le cas d'une femme, «la stérilisation forcée ou fermement imposée» constitue de la persécution étant donné que cet acte est une violation de la sécurité de la personne de cette femme et qu'il soumet celle-ci à des traitements cruels, inhumains et dégradants. Il a jugé que la stérilisation de l'homme n'est pas qualitativement différente de celle de la femme et que, par conséquent, elle constitue de la persécution suivant le principe dégagé dans l'arrêt *Cheung*.

Le juge Heald a toutefois fait remarquer que les violations de la politique de l'enfant unique n'entraînaient pas toutes la stérilisation. En effet, la stérilisation forcée n'est pas une règle de droit d'application générale, mais plutôt une mesure visant à faire respecter la politique et qui n'est prise que par certaines autorités locales seulement. D'autres autorités locales prennent des sanctions pécuniaires, par exemple des sanctions économiques. Par conséquent, la question de savoir si la personne qui a plus d'un enfant craint avec raison d'être persécutée est une question de fait qui dépend de la preuve concernant les pratiques de l'autorité locale concernée.

Après avoir examiné la preuve, le juge Heald a statué que l'appellant n'avait pas établi qu'il craignait avec raison d'être stérilisé. La présente espèce diffère de l'affaire *Cheung* en ce que la

105

106

107

108

appellant faced a reasonable chance of forced sterilization if returned to China. The appellant and his family faced the imposition of economic sanctions which are not sufficient to establish persecution.

109 Although he held that the appellant had not established a well-founded fear of sterilization, Heald J.A. proceeded to discuss whether the appellant could be considered to be a member of a “particular social group” in light of *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, which was decided by this Court subsequent to the decision in *Cheung*.

110 Heald J.A. held at p. 691 that, a social group defined as “parents in China with more than one child who disagree with forced sterilization” does not fall within any of the three categories of particular social group outlined in *Ward*. He emphasized at p. 690 the principle enunciated in *Ward* that fear must emanate from what the claimant is or was “in an immutable or fundamental way”, and not what he or she does or did. He observed at p. 691 that “the distinction between parents who have and have not breached the one-child policy derives from what the individuals have done . . . and not from what the individuals are” (emphasis in original). He also noted that the group does not belong in the category of those who voluntarily associate for reasons fundamental to human dignity because there was no evidence of voluntary active association within the group. Heald J.A. added that the group proposed by the appellant was defined solely by the fact that its members face a particular form of persecutory treatment. He said, at p. 693, that a definition of this kind “voids the enumerated grounds of content” and conflicts with the rejection in *Ward* of groups defined “merely by virtue of their common victimization as the objects of persecution”. Therefore, Heald J.A. concluded that the appellant had not established persecution by reason of membership in a particular social group.

111 Heald J.A. also rejected the appellant’s argument that a failure by a citizen to agree to steriliza-

Commission n’a pas conclu que l’appellant risquait vraisemblablement d’être stérilisé de force s’il retournait en Chine. L’appelant et sa famille encouraient des sanctions pécuniaires, peines qui ne sont pas suffisantes pour établir la persécution.

Même s’il a conclu que l’appellant n’avait pas établi qu’il craignait avec raison d’être stérilisé, le juge Heald s’est demandé si l’appelant pouvait être considéré comme appartenant à un «groupe social» selon les principes dégagés dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, qui a été rendu par notre Cour après l’arrêt *Cheung*.

Le juge Heald a statué, à la p. 691, qu’un groupe social composé «[d]es parents en Chine qui ont plus d’un enfant qui ne sont pas d’accord avec la stérilisation forcée» n’entraîne dans aucune des trois catégories de groupes sociaux énumérées dans l’arrêt *Ward*, précité. Il a souligné, à la p. 690, que, suivant le principe énoncé dans *Ward*, la crainte doit découler de ce que le demandeur est ou était «d’une façon immuable ou fondamentale», et non de ce qu’il fait ou a fait. Il a fait remarquer, à la p. 691, que «la distinction entre les parents qui ont enfreint la politique de l’enfant unique et ceux qui ne l’ont pas enfreinte découle de ce que les personnes ont fait [. . .] et non de ce qu’elles sont» (souligné dans l’original). Il a aussi indiqué que le groupe en question n’appartient pas à la catégorie des personnes qui s’associent volontairement pour des raisons essentielles à la dignité humaine, vu l’absence de preuve d’association active et volontaire au sein du groupe. Le juge Heald a ajouté que le groupe proposé par l’appelant n’est défini que par le fait que ses membres font face à une forme particulière de persécution. Il a affirmé, à la p. 693, qu’une telle définition «prive les motifs énumérés de tout contenu» et s’oppose également au rejet, dans l’arrêt *Ward*, précité, de groupes définis «du seul fait de leur victimisation commune en tant qu’objets de persécution». Par conséquent, le juge Heald a conclu que l’appelant n’avait pas établi la persécution du fait de l’appartenance à un groupe social.

Le juge Heald a aussi rejeté l’argument de l’appelant selon lequel le refus d’un citoyen de se faire

tion was tantamount to a political statement. He held that the persecutory treatment did not emanate from a refusal to submit to sterilization but from a breach of the one-child policy. He found there was no evidence the Chinese authorities believed acceptance of the one-child policy was integral to their authority. He stated that the one-child policy is within the jurisdiction of the Chinese government and cannot, in itself, be characterized as persecutory. Sanctions imposed for breach of the policy must be accepted, and despite their abhorrence, cannot serve as a basis for persecution by reason of political opinion. Therefore he concluded that the appellant does not face a well-founded fear of persecution by reason of his political opinion.

(2) Desjardins J.A.

Desjardins J.A. also dismissed the appeal but on slightly different grounds. She considered whether the appellant was a member of a particular social group in light of the legal principles set out in *Ward*. She found at p. 716 that since there was no voluntary status present in this case, the only category from *Ward* into which the appellant might fall would be a group defined by “an innate or unchangeable characteristic”. Desjardins J.A. held that the innate and unchangeable characteristic must be so strong that it makes a group of individuals what they are and that it must exist independently of a basic human right which they fight for. She found that forced sterilization stands in violation of a basic human right but that this right is common to all humanity and not unique to any social group to which the appellant may have belonged. The appellant was targeted for what he did and not for what he is and therefore was not a member of a particular social group.

Desjardins J.A. then examined whether there was any basis for a claim on the ground of political opinion, as defined by this Court in *Ward*. She found that there was no specific evidence to suggest that the appellant’s action, motivated in defence of his basic human rights, was viewed by

stériliser équivalait à une prise de position politique. Il a statué que la persécution ne découlait pas du refus de subir la stérilisation, mais plutôt de la violation de la politique de l’enfant unique. Il a jugé qu’il n’y avait aucune preuve que les autorités chinoises pensent que l’acceptation de la politique de l’enfant unique fait partie intégrante de leur autorité. Il a affirmé que la politique de l’enfant unique relève de la compétence du gouvernement chinois et ne peut pas, en soi, être considérée comme une source de persécution. Les sanctions prévues en cas de violation de la politique doivent être acceptées, et, en dépit de l’horreur qu’elles inspirent, ne peuvent pas servir de fondement à une allégation de persécution du fait des opinions politiques. Il a donc conclu que l’appelant n’a pas de raison valable de craindre d’être persécuté du fait de ses opinions politiques.

(2) Le juge Desjardins

Le juge Desjardins a aussi rejeté l’appel, mais pour des motifs quelque peu différents. Elle a examiné la question de savoir si l’appelant était membre d’un groupe social, à partir des principes juridiques établis dans l’arrêt *Ward*. Elle a conclu, à la p. 716, que, vu l’absence de statut volontaire en l’espèce, la seule catégorie définie par l’arrêt *Ward* à laquelle l’appelant pourrait appartenir était celle des groupes définis par une «caractéristique innée ou immuable». Le juge Desjardins a affirmé que la caractéristique innée et immuable doit être un facteur si puissant qu’elle constitue l’essence d’un groupe d’individus, et qu’elle doit exister indépendamment du droit fondamental pour lequel ils luttent. Elle a statué que la stérilisation forcée viole un droit fondamental, mais que ce droit appartient à tous les êtres humains et n’est pas l’apanage de quelque groupe social auquel l’appelant a pu appartenir. Comme l’appelant a été visé pour ce qu’il a fait et non pour ce qu’il est, il n’est donc pas membre d’un groupe social.

Le juge Desjardins s’est alors demandée si la revendication pouvait être fondée sur le motif des opinions politiques, conformément aux principes établis par notre Cour dans l’arrêt *Ward*. Elle a jugé qu’il n’y avait aucune preuve particulière tendant à indiquer que la conduite de l’appelant, moti-

112

113

the Chinese local authorities as a gesture of defiance to the national authority. Furthermore, she concluded that forced sterilization under the one-child policy fell beyond the scope of “persecution” under the Convention. She held that the Convention does not cover violations of human rights imposed by local authorities in pursuit of a legitimate state objective such as population control.

(3) Mahoney J.A. (dissenting)

114 Mahoney J.A., in dissent, would have allowed the appeal. He stated at p. 704 that *Cheung* stood for the proposition that “involuntary sterilization — physical abuse that is an irreversible and serious intrusion on the basic rights of the individual — is persecution”. He noted that the Board neither made nor implied any adverse finding as to the credibility of any of the evidence presented by the appellant. He concluded that on the evidence, the appellant’s fear of forced sterilization, were he to return to China, was subjectively and objectively well-founded.

115 Mahoney J.A. held that this case is not distinguishable from *Cheung* and that nothing in *Ward* casts any doubt on the correctness of *Cheung*. He stated that formal association is not necessary to fall within the ambit of a group whose members voluntarily associate for reasons fundamental to their human dignity. He held that it is the shared reason fundamental to human dignity that defines and constitutes the group and that a conscious act of association is not an essential element.

IV. Issues

1. Is forced sterilization a form of “persecution” within the meaning of s. 2(1)(a) of the *Immigration Act*?
2. Are persons who face forced sterilization members of a “particular social group”?

vée par le souci de défendre ses droits fondamentaux, était perçue par les autorités locales chinoises comme un geste de défi à l’endroit de l’autorité nationale. Elle a en outre conclu que la stérilisation forcée pratiquée en vertu de la politique de l’enfant unique se situe en-dehors de la portée du terme «persécution» dans la Convention. Elle a statué que la Convention ne vise pas les violations des droits de la personne commises par les autorités locales dans la poursuite d’un objectif légitime de l’État, notamment le contrôle démographique.

(3) Le juge Mahoney (dissident)

Le juge Mahoney, dissident, aurait accueilli l’appel. Il a affirmé, à la p. 704, que l’arrêt *Cheung* était la thèse selon laquelle «la stérilisation non sollicitée — un sévices qui représente une atteinte irréversible et grave aux droits fondamentaux d’une personne — constitue de la persécution». Il a souligné que la Commission n’avait tiré aucune conclusion négative — expresse ou implicite — de la preuve présentée par l’appelant. Il a conclu que, compte tenu de la preuve, la crainte de l’appelant d’être stérilisé de force s’il devait retourner en Chine était fondée sur les plans subjectif et objectif.

Le juge Mahoney a affirmé que rien ne permettait de distinguer l’espèce de l’affaire *Cheung* et que rien dans l’arrêt *Ward* ne permettait de douter du bien-fondé de l’arrêt *Cheung*. Il a déclaré qu’il n’est pas nécessaire qu’il y ait association formelle entre les individus concernés pour qu’ils soient considérés comme un groupe dont les membres s’associent volontairement pour des motifs touchant l’essentiel de la dignité humaine. Il a conclu que c’est le motif commun, qui participe de l’essence de la dignité humaine, qui définit et constitue le groupe et qu’un acte conscient d’association n’est pas un élément essentiel.

IV. Questions en litige

1. La stérilisation forcée est-elle une forme de «persécution» au sens de l’al. 2(1)a) de la *Loi sur l’immigration*?
2. Les personnes qui risquent d’être stérilisées de force font-elles partie d’un «groupe social»?

3. Are persons who refuse forced sterilization expressing a “political opinion”?
4. Assuming persons who have a well-founded fear of sterilization for violating China’s one-child policy are eligible to be considered Convention refugees, does the appellant in this case have a well-founded fear of forced sterilization or of other persecution so as to be granted Convention refugee status?

V. Analysis

The central issue in this appeal is whether the appellant can be classified as a Convention refugee. The definition of “Convention refugee” in s. 2(1) of the *Immigration Act*, requires that an applicant for refugee status have “a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion”. In this case, forced sterilization is the form of persecution to which the appellant claims he will be subjected if he returns to the PRC. The appellant argued that forced sterilization constitutes persecution for the purposes of the definition of Convention refugee and that this persecution is for reasons of either his membership in a particular social group or his political opinion, as expressed by breaching the one-child policy.

The appellant placed particular reliance on the Federal Court of Appeal’s recent decision in *Cheung* which held a Chinese woman with a well-founded fear of sterilization qualified as a Convention refugee. In *Cheung* the claimant was forced to discontinue use of an intra-uterine device for medical reasons and underwent numerous abortions. After the birth of her second child, the Family Planning Bureau came to her home and took her to the hospital to be sterilized. The sterilization operation was postponed for six months because of an infection and before that six-month period had

3. Les personnes qui refusent la stérilisation forcée expriment-elles une «opinion politique»?
4. À supposer que les personnes qui craignent avec raison d’être stérilisées pour avoir violé la politique chinoise de l’enfant unique soient admissibles au statut de réfugié au sens de la Convention, en l’espèce, l’appelant est-il fondé de craindre d’être stérilisé de force ou de subir d’autres persécutions justifiant de lui reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention?

V. Analyse

La principale question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l’appelant est un réfugié au sens de la Convention. Aux termes de la définition de «réfugié au sens de la Convention», au par. 2(1) de la *Loi sur l’immigration*, la personne qui revendique le statut de réfugié doit établir qu’elle «crai[nt] avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques». En l’espèce, la stérilisation forcée est la forme de persécution à laquelle l’appelant affirme qu’il sera soumis s’il retourne en RPC. Il prétend que, pour l’application de la définition de «réfugié au sens de la Convention», la stérilisation forcée constitue de la persécution et que cette persécution est exercée soit du fait de son appartenance à un groupe social, soit du fait de ses opinions politiques, qu’il a exprimées en violant la politique de l’enfant unique.

L’appelant s’est appuyé tout particulièrement sur l’arrêt *Cheung*, décision récente de la Cour d’appel fédérale dans laquelle celle-ci a conclu que l’appelante, qui craignait avec raison d’être stérilisée, avait droit au statut de réfugié au sens de la Convention. Dans cette affaire, la femme qui revendiquait le statut de réfugié avait dû, pour des raisons médicales, renoncer à l’utilisation d’un dispositif intra-utérin et elle s’était fait avorter plusieurs fois. Après la naissance de son deuxième enfant, des agents du bureau de planification familiale étaient venus chez elle et l’avaient emmenée à l’hôpital pour qu’elle se fasse stériliser. L’opération de stérilisation a été reportée de six mois à

expired, Ms. Cheung fled from the PRC. Linden J.A. noted in his reasons (at p. 318):

It was accepted by the Board that the appellant would be sterilized if she were forced to return to China.

118 In *Cheung* a distinction was made between women who have more than one child and have a well-founded fear of forced sterilization and those who have more than one child but do not have this fear. This distinction must be made in light of the fact, which was relied upon in *Cheung*, that forced sterilization is not a law of general application but rather an enforcement measure used by some local authorities with, at most, the tacit acceptance of the central government. Thus, the reasonableness of a fear of persecution depends, *inter alia*, on the practices of the relevant local authority.

119 For the purpose of this appeal I am assuming (without deciding) that *Cheung* was rightly decided and that the appellant is a member of a particular social group within the meaning of s. 2(1). However, the appellant cannot attempt to rely upon the *Cheung* decision unless he has established that he has a well-founded fear of sterilization. The test for establishing a fear of persecution was clearly stated by La Forest J. in *Ward*, at p. 723:

More generally, what exactly must a claimant do to establish fear of persecution? As has been alluded to above, the test is bipartite: (1) the claimant must subjectively fear persecution; and (2) this fear must be well-founded in an objective sense. This test was articulated and applied by Heald J.A. in *Rajudeen* [(1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.)], at p. 134:

The subjective component relates to the existence of the fear of persecution in the mind of the refugee. The objective component requires that the refugee's fear be evaluated objectively to determine if there is a valid basis for that fear.

The test set out by La Forest J. in *Ward* is consistent with the approach recommended in the United Nations *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* (Geneva, 1979). That

cause d'une infection, mais, avant la fin de cette période, M^{me} Cheung a fui la RPC. Le juge Linden a indiqué ce qui suit dans ses motifs (à la p. 318):

La Commission a accepté le fait que l'appelante serait stérilisée si elle était forcée à retourner en Chine.

Dans l'arrêt *Cheung*, on a fait une distinction entre les femmes qui ont plus d'un enfant et qui craignent avec raison d'être stérilisées de force et celles qui ont plus d'un enfant mais n'ont pas cette crainte. Cette distinction doit être faite à la lumière du fait, pris en considération dans l'arrêt *Cheung*, que la stérilisation forcée n'est pas une règle de droit d'application générale, mais plutôt une mesure visant à faire respecter la politique qui est prise par certaines autorités locales et qui, tout au plus, est tacitement acceptée par le gouvernement central. Par conséquent, le caractère raisonnable de la crainte de persécution dépend, entre autres, des pratiques de l'autorité locale concernée.

Aux fins du présent pourvoi, je tiens pour acquis (sans en décider) que la Cour d'appel fédérale a rendu la bonne décision dans *Cheung* et que l'appelant est membre d'un groupe social au sens du par. 2(1). Toutefois, l'appelant ne peut pas invoquer l'arrêt *Cheung* à moins d'établir qu'il craint avec raison d'être stérilisé. Le critère à satisfaire pour établir l'existence d'une crainte de persécution a été clairement énoncé par le juge La Forest, dans l'arrêt *Ward*, à la p. 723:

D'une façon plus générale, que doit faire exactement le demandeur pour établir qu'il craint d'être persécuté? Comme j'y faisais allusion plus haut, le critère comporte deux volets: (1) le demandeur doit éprouver une crainte subjective d'être persécuté, et (2) cette crainte doit être objectivement justifiée. Ce critère a été formulé et appliqué par le juge Heald dans l'arrêt *Rajudeen* [(1984), 55 N.R. 129 (C.A.F.)], à la p. 134:

L'élément subjectif se rapporte à l'existence de la crainte de persécution dans l'esprit du réfugié. L'élément objectif requiert l'appréciation objective de la crainte du réfugié pour déterminer si elle est fondée.

Le critère énoncé par le juge La Forest dans l'arrêt *Ward* est compatible avec la méthode recommandée dans le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*

document, which, although not binding, has been accepted as being highly persuasive authority in Canada, explains a “well founded fear of being persecuted” as follows:

38. To the element of fear — a state of mind and a subjective condition — is added the qualification “well-founded”. This implies that it is not only the frame of mind of the person concerned that determines his refugee status, but that this frame of mind must be supported by an objective situation. The term “well-founded fear” therefore contains a subjective and an objective element, and in determining whether well-founded fear exists, both elements must be taken into consideration.

Both the existence of the subjective fear and the fact that the fear is objectively well-founded must be established on a balance of probabilities. In the specific context of refugee determination, it has been established by the Federal Court of Appeal in *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680, that the claimant need not prove that persecution would be more likely than not in order to meet the objective portion of the test. The claimant must establish, however, that there is more than a “mere possibility” of persecution. The applicable test has been expressed as a “reasonable possibility” or, more appropriately in my view, as a “serious possibility”. See: *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran*, [1988] 1 All E.R. 193 (H.L.).

In this case, the Board made no finding as to whether the appellant had either a subjectively or an objectively well-founded fear that he would be subjected to forced sterilization if he returned to China. This case is thus immediately distinguishable from *Cheung* where the Board at first instance made a clear finding that the claimant would face forced sterilization if returned to China.

The appellant first raised the issue of forced sterilization in his Personal Information Form. At his hearing, the Board specifically requested the appellant’s counsel to focus on this aspect of his claim and provided the appellant with ample

(Genève, 1979) préparé par les Nations Unies. Même si ce document n’a aucune force obligatoire, on lui reconnaît néanmoins un caractère fort persuasif au Canada. On y explique ainsi les mots «craignant avec raison d’être persécutée»:

38. L’élément de crainte — qui est un état d’esprit et une condition subjective — est précisé par les mots «avec raison». Ces mots impliquent que ce n’est pas seulement l’état d’esprit de l’intéressé qui détermine sa qualité de réfugié mais que cet état d’esprit doit être fondé sur une situation objective. Les mots «craignant avec raison» recouvrent donc à la fois un élément subjectif et un élément objectif et, pour déterminer l’existence d’une crainte raisonnable, les deux éléments doivent être pris en considération.

Tant l’existence d’une crainte subjective que le fondement objectif de cette crainte doivent être établis selon la prépondérance des probabilités. Dans l’arrêt *Adjei c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680, la Cour d’appel fédérale a statué que, dans le contexte spécifique de la détermination du statut de réfugié, le demandeur n’est pas tenu d’établir, pour satisfaire à l’élément objectif du critère, qu’il est plus probable qu’il sera persécuté que le contraire. Il doit cependant établir qu’il existe plus qu’une «simple possibilité» qu’il soit persécuté. On a décrit le critère applicable comme étant l’existence d’une «possibilité raisonnable» ou, plus justement à mon avis, d’une «possibilité sérieuse». Voir *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran*, [1988] 1 All E.R. 193 (C.L.).

En l’espèce, la Commission n’a pas décidé si l’appelant éprouvait, avec raison, quelque crainte subjective ou objective d’être stérilisé de force s’il retournait en Chine. Le présent cas peut donc, dès le départ, être distingué de l’affaire *Cheung*, où, en première instance, la Commission avait clairement conclu que la demanderesse risquait la stérilisation forcée si elle était renvoyée en Chine.

C’est dans sa Fiche de renseignements personnels que l’appelant a soulevé pour la première fois la question de la stérilisation forcée. À l’audience, la Commission a demandé expressément à l’avocate de l’appelant de se concentrer sur cet aspect

120

121

122

opportunity to establish that he had a well-founded fear:

PRESIDING MEMBER: On reviewing the Personal Information Form, the Panel would like you to focus on . . . the portions pertaining to his fear of persecution caused by the alleged forced sterilization.

de la revendication et a amplement laissé à l'appelant la possibilité d'établir que sa crainte était fondée:

[TRADUCTION] LA PRÉSIDENTE DE L'AUDIENCE: Aux fins de l'examen de la Fiche de renseignements personnels, le tribunal aimerait que vous vous concentriez sur [. . .] les passages relatifs à la crainte de persécution du demandeur et ses allégations concernant la stérilisation forcée.

123 As is common in refugee determination proceedings, the appellant did not testify in English but rather testified in Cantonese through an interpreter. The task of the interpreter in a judicial or quasi-judicial hearing is an extremely difficult one and it is hardly surprising that simultaneous translation can sometimes lead to minor infelicities of style. However, the Board (and this Court when reviewing the written record) is well equipped to look past grammatical errors and to grasp the general import of a claimant's testimony, particularly when that testimony is considered as a whole. This is a fundamental part of the sympathetic approach to the evidence which is advocated in the UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*.

Comme cela se produit fréquemment aux audiences de détermination du statut de réfugié, l'appelant n'a pas témoigné en anglais, mais plutôt en cantonais, par l'entremise d'un interprète. La tâche qui incombe à l'interprète dans une audition de nature judiciaire ou quasi-judiciaire est extrêmement ardue et il n'est donc pas étonnant que l'interprétation simultanée comporte parfois de légères maladresses de style. Cependant, la Commission (et notre Cour lorsqu'elle examine un dossier écrit) est tout à fait en mesure d'ignorer les erreurs grammaticales et de saisir le sens général du témoignage de la personne qui revendique le statut de réfugié, particulièrement lorsque ce témoignage est considéré dans son ensemble. Il s'agit là d'un élément fondamental de l'attitude de tolérance que préconise, en matière de preuve, le HCNUR dans le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*.

124 It is the responsibility of the Presiding Member of the Board to ensure that the interpretation provided to the Board and which is reflected in the written record is as accurate as possible in the circumstances. The primary problem in this regard is when a claimant speaks too quickly or for too long to allow the interpreter to interpret all of the information accurately. In this case, the accuracy of the record is substantially assisted by the fact that the Presiding Member made every effort to ensure that the interpreter was able to interpret the claimant's testimony in a complete and thorough fashion. The efforts of the Presiding Member are apparent on the record early in the portion of the hearing dealing with sterilization at a point when the claimant was describing the one-child policy rather than his personal experience:

Il incombe au président de l'audience devant la Commission de faire en sorte que la traduction fournie à la Commission et reproduite dans le dossier écrit soit aussi fidèle que possible compte tenu des circonstances. La principale difficulté à cet égard survient lorsque le demandeur parle trop rapidement ou trop longuement, empêchant ainsi l'interprète de traduire fidèlement toute l'information. En l'espèce, la présidente de l'audience a grandement aidé à assurer la fidélité du dossier en faisant tout son possible pour que l'interprète soit en mesure de traduire exhaustivement et fidèlement le témoignage du demandeur. Les efforts de la présidente de l'audience ressortent clairement de la transcription du début de l'audience portant sur la stérilisation, à l'endroit où le demandeur décrit la politique de l'enfant unique plutôt que son expérience personnelle:

Q And you state that they said that you had disobeyed the birth control policy. What is the birth control policy in China?

A The birth policy in China was one-child-per-family. Because I am the only son in the family, I myself would like to have more children.

Q You say that everybody —

PRESIDING MEMBER: Excuse me. Mr. Lau, I believe the Claimant has said a little bit more than what you've interpreted. He mentioned something pertaining to the interval between the children? Perhaps instead of your trying to remember, if I may ask the Claimant.

Mr. Chan, did you mention in your last statement something pertaining to the interval between the two children?

CLAIMANT: Yes.

PRESIDING MEMBER: Just before you start, Mr. Lau, it's not a reflection on your part. The Claimant did go on for very long, and I didn't stop him.

(CLAIMANT SPEAKS IN CANTONESE)

PRESIDING MEMBER: Okay, stop there. You have to make your sentences shorter so that Mr. Lau can interpret fully.

As can be seen from this portion of the transcript, Ms. Nee, the Presiding Member understood Cantonese and thus was able to identify specifically the portion of the appellant's testimony which the interpreter had missed. Assigning Board members to refugee determination hearings who understand the claimant's native language and who are thus able to confirm the accuracy of the record independently is a practice to be strongly encouraged.

The appellant's oral testimony before the Board was generally consistent with his Personal Information Form statement. He testified that his second son was born in November 1989 and that the Public Security Bureau became aware of the child while conducting a routine census between April and June 1990. The appellant complied with the

[TRADUCTION]

Q Et vous déclarez qu'ils vous ont dit que vous aviez enfreint la politique de contrôle des naissances. Quelle est la politique de contrôle des naissances en Chine?

R La politique des naissances en Chine était d'avoir un enfant par famille. Comme je suis fils unique, j'aimerais avoir plusieurs enfants.

Q Vous affirmez que tous —

LA PRÉSIDENTE DE L'AUDIENCE: Excusez-moi. M. Lau, je crois que le demandeur en a dit un peu plus long que ce que vous avez traduit. Il a mentionné quelque chose au sujet de l'intervalle entre chaque enfant. Plutôt que de tenter de vous souvenir, je vais poser la question au demandeur.

Monsieur Chan, avez-vous, dans votre dernière réponse, mentionné quelque chose à propos de l'intervalle entre chaque enfant?

LE DEMANDEUR: Oui.

LA PRÉSIDENTE DE L'AUDIENCE: Avant que vous ne commenciez, M. Lau, il ne s'agit pas d'une critique de votre travail. Le demandeur a effectivement parlé très longuement, et je ne l'ai pas interrompu.

(LE DEMANDEUR S'EXPRIME EN CANTONNAIS)

LA PRÉSIDENTE DE L'AUDIENCE: Bien, arrêtez ici. Vous devez formuler des phrases plus courtes afin que M. Lau puisse tout traduire.

Comme l'indique cette partie de la transcription, la présidente de l'audience, M^{me} Nee, comprenait le cantonais et était ainsi en mesure de cerner précisément les passages du témoignage de l'appelant que l'interprète avait omis. Le fait d'assigner aux diverses audiences de détermination du statut de réfugié des commissaires qui comprennent la langue maternelle du demandeur et qui sont donc capables de confirmer de façon indépendante la fidélité du dossier est une pratique qu'il y a lieu d'encourager fortement.

Le témoignage oral de l'appelant devant la Commission concorde de façon générale avec l'information figurant dans sa Fiche de renseignements personnels. Il a affirmé que son deuxième fils est né en novembre 1989 et que le BSP avait découvert la naissance de cet enfant à l'occasion d'un recensement périodique, effectué entre avril

PSB's demand that he register the child at the police station. On two subsequent occasions the PSB attended at the appellant's home in his absence and allegedly demanded that the appellant and his wife pay a fine of 8,000 dollars and that one of them submit to sterilization:

During the second and the third visit, they demand for a penalty for 8,000 dollars, and also either I or my wife should get a sterilization.

The second and the third visit, at that time I was not at home. I was told by my wife when I got home. The first time happened in the late of May. They want to find out who is going to accept the sterilization. If nobody was willing, then [we] would be forcibly taken to the — to get the sterilization.

126 The appellant stated that the PSB visited his home two further times and requested that either the appellant or his wife sign a document consenting to sterilization. After the fifth visit, the appellant complied with the request to sign the consent form:

After three days after the fifth visit, I went to the police station and hand in the document saying that I would be willing to take the sterilization operation within three months, and 20 days after that, I left China.

127 The appellant testified that he and his family decided that he should give his written consent to sterilization in order to put an end to psychological harassment caused by frequent visits by the PSB and possible financial coercion:

Q Now, you stated that you signed the confirmation that you would undergo sterilization. Why did you sign that confirmation?

A Because I felt if I did not sign, I cannot accommodate their request. They can come every day, from the morning to night. Then psychologically, we cannot take that, and also they can go one step ahead, terminate me from my job, and also terminate my parents'. If it has to come to such a stage, that means we

et juin 1990. L'appelant a obtempéré à l'ordre du BSP et il est allé faire enregistrer cet enfant au poste de police. Par la suite, les agents du BSP sont retournés à deux reprises à son domicile en son absence, et ils auraient demandé que l'appelant et sa femme paient une amende de 8 000 dollars et que l'un d'eux subisse la stérilisation:

[TRADUCTION] Pendant la deuxième et la troisième visites, ils ont exigé une amende de 8 000 dollars, et ils ont exigé que moi ou mon épouse subisse la stérilisation.

Au cours des deuxième et troisième visites, je n'étais pas à la maison. J'en ai été informé à mon retour par mon épouse. La première de ces visites est survenue à la fin de mai. Ils voulaient savoir qui allait accepter la stérilisation. Si personne ne consentait, [nous] serions amenés de force — pour être stérilisés.

L'appelant a déclaré que les agents du BSP s'étaient rendus chez lui à deux autres reprises et avaient demandé que l'appelant lui-même ou sa femme signe une formule de consentement à la stérilisation. Après la cinquième visite, l'appelant a accepté de signer la formule de consentement:

[TRADUCTION] Trois jours après la cinquième visite, je suis allé au poste de police et j'ai remis le document dans lequel j'affirmais que j'étais disposé à subir l'intervention de stérilisation dans les trois mois; vingt jours plus tard, j'ai quitté la Chine.

L'appelant a affirmé que lui et sa famille avaient décidé qu'il devait consentir par écrit à la stérilisation afin de mettre fin au harcèlement psychologique causé par les fréquentes visites des agents du BSP et d'éviter d'éventuelles mesures de coercition pécuniaires:

[TRADUCTION]

Q Vous avez affirmé avoir signé la confirmation comme quoi vous subiriez la stérilisation. Pourquoi avez-vous signé cette confirmation?

R Parce que je croyais que si je signais pas, je ne pouvais donner suite à leur demande. Ils peuvent venir tous les jours, du matin au soir. Sur le plan psychologique nous ne pouvons le supporter; en outre, ils peuvent aller plus loin et me retirer mon emploi et celui de mes parents. Si les choses en arrivaient là, nous

would not be able to live, so we sign — I signed this document so to pass this difficulty.

The appellant also gave evidence that his wife's employment was terminated because of this breach of the one-child policy.

The appellant's statement in his Personal Information Form and his oral testimony is some evidence that he had a subjective fear of forced sterilization. However, a refugee claimant cannot establish a well-founded fear of persecution simply by alleging the existence of that fear. In order to meet the subjective aspect of the test for a well-founded fear of persecution, the claimant must establish to the satisfaction of the Board that the alleged fear exists in the mind of the claimant. Normally, where the claimant is found to be a credible witness and his or her testimony is consistent, the claimant's evidence will be sufficient to meet the subjective aspect of the test.

In this case, the appellant's testimony, even with respect to his own fear of forced sterilization, is equivocal and inconsistent at times. In response to a question by his counsel, the appellant testified that he did not intend to abide by the PSB request for sterilization:

Q Did you ever intend to abide by their request for sterilization?

A I feel that whether one would like to take a sterilization is his own choice. Even though I'm not going to have a third child, it would not [be] absolutely necessary for me to take a sterilization operation. So I had never thought of going to have this kind of cruel operation.

As well, when asked specifically what would happen if he were to return to China, the appellant made no mention of forced sterilization:

Q What do you think would happen if you were to return to China?

n'aurions plus aucun moyen de vivre, c'est pourquoi nous avons signé — j'ai signé ce document pour contourner cette difficulté.

L'appellant a aussi affirmé, dans son témoignage, que sa femme avait perdu son emploi à cause de cette violation de la politique de l'enfant unique.

Les déclarations faites par l'appellant dans sa Fiche de renseignements personnels ainsi que son témoignage oral constituent des éléments de preuve de l'aspect subjectif de sa crainte d'être stérilisé de force. Cependant, la personne qui revendique le statut de réfugié ne peut pas établir qu'elle craint avec raison d'être persécutée simplement en alléguant l'existence de cette crainte. Pour satisfaire à l'élément subjectif du critère servant à déterminer si la crainte de persécution est fondée, le demandeur doit convaincre la Commission que la crainte qu'il allègue existe dans son esprit. Normalement, lorsque le demandeur est jugé être un témoin crédible et qu'il dépose de façon cohérente, son témoignage sera suffisant pour satisfaire à l'élément subjectif du critère.

En l'espèce, le témoignage de l'appellant, même quand il porte sur sa propre crainte d'être stérilisé de force, est parfois équivoque et incohérent. En réponse à une question de son avocate, l'appellant a affirmé qu'il n'avait pas l'intention de se soumettre à l'ordre du BSP de se faire stériliser:

[TRADUCTION]

Q Avez-vous déjà eu l'intention de vous conformer à leur demande de stérilisation?

R Je crois que la décision de se faire stériliser est un choix personnel. Même si j'ai décidé de ne pas avoir un troisième enfant, il ne me serait pas absolument nécessaire de subir l'intervention de stérilisation. Je n'avais donc jamais envisagé de subir ce type d'opération cruelle.

De même, lorsqu'on lui a demandé précisément ce qui arriverait s'il retournait en Chine, l'appellant n'a fait aucune mention de la stérilisation forcée:

[TRADUCTION]

Q Que pensez-vous qu'il se passerait si vous retourniez en Chine?

128

129

130

A If I going back to China, the most possible thing would be arrest, put in jail. Could also be unemployed for the rest of my whole life, and could not earn a living. If talking something more serious, then I probably will be murdered.

Q Why do you feel that this would happen to you if you were to return?

A . . . Regarding my second child, it is a fact that that has affect the bonus of some of the neighbourhood committee members. They would be hostile and would try to revenge. They would take the excuse of my difference in political view, and arrest me and put me in jail.

131 It is worth noting that the Board found that the oral testimony of the appellant was insufficient to establish his principal claim of persecution when it found that the appellant was not persecuted on the basis of his political pro-democracy opinion. This finding was not appealed.

132 In my opinion, the evidence of the appellant with respect to his subjective fear of forced sterilization is equivocal at best. However, in the absence of an explicit finding by the Board on this point, it would not be appropriate for this Court to determine that the appellant did not have a subjective fear of forced sterilization.

133 Nevertheless, even if the appellant is given the benefit of the doubt on the question of a subjective fear, the existence of a subjective fear of persecutory treatment is not sufficient to meet the statutory definition of a Convention refugee. It is the responsibility of the claimant at a refugee determination hearing to lay an evidentiary foundation upon which the Board can conclude not only that the fear existed in the mind of the claimant but also that it was objectively well-founded.

134 The objective component of the test requires an examination of the "objective situation" and the relevant factors include the conditions in the appli-

R Si je rentre en Chine, le plus probable serait que je me fasse arrêter ou mettre en prison. Je pourrais aussi passer toute ma vie au chômage et ne pas être capable de gagner ma vie. Si l'on parle de conséquences plus graves, je pourrais être tué.

Q Pourquoi pensez-vous que cela se produirait si vous deviez retourner?

R . . . En ce qui concerne mon deuxième enfant, il est vrai que cela a eu une incidence sur la prime de certains membres du comité du voisinage. Ils seraient hostiles et voudraient se venger. Ils prendraient pour prétexte mes opinions politiques différentes pour m'arrêter et me mettre en prison.

Il convient de souligner que la Commission a conclu que le témoignage oral rendu par l'appellant ne permettait pas d'établir le bien-fondé du principal motif de persécution qu'il invoque lorsqu'elle a statué que l'appellant n'était pas persécuté du fait de ses opinions politiques pro-démocratiques. Cette conclusion n'est pas visée par le présent pourvoi.

À mon avis, le témoignage de l'appellant en ce qui concerne l'aspect subjectif de sa crainte d'être stérilisé est, au mieux, équivoque. Toutefois, en l'absence d'une conclusion expresse de la Commission sur ce point, il ne serait pas approprié pour notre Cour de statuer que la crainte de l'appellant d'être stérilisé de force n'avait pas de fondement subjectif.

Toutefois, même si l'appellant se voit accorder le bénéfice du doute sur la question de la crainte subjective, l'existence, sur le plan subjectif, d'une crainte de la persécution ne suffit pas pour satisfaire aux exigences de la définition de réfugié au sens de la Convention donnée par la loi. En effet, il appartient au demandeur, à l'audition de sa revendication du statut de réfugié, de présenter des éléments de preuve permettant à la Commission de conclure que non seulement la crainte existe dans l'esprit du demandeur, mais également qu'elle est fondée sur le plan objectif.

Pour statuer sur l'élément objectif du critère, il faut examiner la «situation objective», et, à cet égard, les conditions existant dans le pays d'ori-

cant's country of origin and the laws in that country together with the manner in which they are applied: see UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, paras. 42 and 43.

The appellant did not meet the burden of proof on the objective aspect of the test. Specifically, he failed to adduce any evidence that his alleged fear of forced sterilization was objectively well-founded.

The documentary evidence with respect to China's population control policy which was presented by the appellant to the Board included the February, 1991, *Country Reports on Human Rights Practices for 1990* of the U.S. State Department. This document describes the various enforcement measures which are used in connection with the one-child policy. This document makes it clear that the methods of enforcement are within the control of local authorities and vary widely from one area to another (at pp. 852-53):

China's population control policy relies on education, propaganda, and economic incentives, as well as more coercive measures, including psychological pressure and severe economic penalties. Rewards for couples who adhere to the policy include monthly stipends and preferential medical, food, and educational benefits. Disciplinary measures against those who violate the policy often include stiff fines, withholding of social services, demotion, and other administrative punishments. In at least a few cases, people have been fired from their jobs (a very serious penalty in China, affecting housing, pension, and other social benefits) for refusing to terminate unauthorized pregnancies.

Physical compulsion to submit to abortion or sterilization is not authorized, but continues to occur as officials strive to meet population targets. Reports of forced abortions and sterilizations continue, though well below the levels of the early 1980's. While recognizing that abuses occur, officials maintain that China does not condone forced abortion or sterilization, and that abuses by local officials are punished. They admit, however, that

gine du demandeur ainsi que les lois de ce pays et la façon dont elles sont appliquées sont des facteurs pertinents: voir le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du HCNUR, aux par. 42 et 43.

L'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait en ce qui concerne l'élément objectif du critère. En particulier, il n'a présenté aucun élément de preuve établissant que sa crainte d'être stérilisé de force avait un fondement objectif.

La preuve documentaire présentée par l'appelant à la Commission au sujet de la politique chinoise de contrôle démographique comprenait le *Country Reports on Human Rights Practices for 1990*, daté de février 1991, du Département d'État américain. Ce document décrit les diverses méthodes utilisées pour faire respecter la politique de l'enfant unique. Il ressort clairement de ce document que ces méthodes varient d'une région à l'autre et que leur application relève des autorités locales (aux pp. 852 et 853):

[TRADUCTION] La politique chinoise en matière de contrôle démographique s'appuie sur l'éducation, la propagande et les primes, ainsi que sur des mesures plus coercitives, y compris la pression psychologique et d'importantes peines pécuniaires. Les récompenses accordées aux couples qui respectent la politique comprennent une rémunération mensuelle et des avantages médicaux, alimentaires et scolaires préférentiels. Les mesures disciplinaires prises contre ceux qui violent la politique comprennent souvent de fortes amendes, le refus de dispenser des services sociaux, la rétrogradation et d'autres sanctions administratives. Dans quelques cas au moins, des gens ont été congédiés (une peine très grave en Chine puisqu'elle a une incidence sur le logement, la pension, et d'autres avantages sociaux) pour avoir refusé de mettre fin à des grossesses non autorisées.

La contrainte physique pour obliger quelqu'un à se faire avorter ou se faire stériliser n'est pas autorisée, mais continue à se produire alors que les fonctionnaires tentent d'atteindre les objectifs démographiques. On signale encore des cas d'avortements et de stérilisations forcés, quoiqu'ils soient beaucoup moins fréquents qu'au début des années 1980. Bien qu'ils reconnaissent qu'il existe des abus, les fonctionnaires soutiennent que

135

136

punishment is rare and have yet to provide documentation of any punishments.

Enforcement of the family planning policy has been inconsistent and varies widely from place to place and from year to year. The 1990 census data indicate that the average number of children per family (2.3) and the population growth rate (1.5 percent) remain significantly higher than would be produced by successful enforcement of official policy. In many areas, couples apparently are able to have several children without incurring any penalty, while in other areas enforcement has been more stringent. Local officials have great discretion in how, and how strictly, the policy is implemented. Because penalties for excess births can be levied against local officials and the women's work units, many individuals are personally affected, providing an additional potential source of pressure. [Emphasis added.]

137

The appellant failed to adduce any evidence for the Board that forced sterilization is actually carried out and not merely threatened by the local authorities in his area. Evidence with respect to the enforcement procedures utilized within a claimant's particular region at the relevant time should be presented to the Board. Where such evidence is not available in documentary form, the claimant may still be able to establish that the fear was objectively well-founded by providing testimony with respect to similarly situated individuals. This liberal approach to establishing the facts which represents a significant relaxation of the usual rules of evidence is intended to grant the claimant the benefit of the doubt in cases where strict documentary evidence may be lacking. This approach is fully consistent with the guidelines set out in the UNHCR Handbook:

43. These considerations need not necessarily be based on the applicant's own personal experience. What, for

la Chine ne cherche pas à excuser l'avortement ou la stérilisation forcés et que les abus commis par des fonctionnaires locaux sont punis. Cependant, ils avouent que les cas de sanctions sont rares et ils n'ont pas encore fourni de documents constatant des sanctions.

L'application de la politique de planification familiale ne s'est pas faite de façon uniforme et varie beaucoup selon le lieu et l'année. Les données du recensement de 1990 indiquent que le nombre moyen d'enfants par famille (2,3) et le taux de croissance démographique (1,5 p. 100) demeurent sensiblement plus élevés que les chiffres qui seraient obtenus par une application réussie de la politique officielle. Dans plusieurs régions, des couples peuvent apparemment avoir plusieurs enfants sans encourir de peines tandis que, dans d'autres régions, l'application a été plus rigoureuse. Les fonctionnaires locaux ont un large pouvoir discrétionnaire quant à la manière de mettre en œuvre la politique et quant à la rigueur avec laquelle elle le sera. Parce que des peines peuvent être infligées contre des fonctionnaires locaux et des unités de travail des femmes si le nombre de naissances dépasse le nombre autorisé, plusieurs individus sont personnellement touchés, ce qui crée une autre source éventuelle de pression. [Je souligne.]

L'appelant n'a pas présenté à la Commission d'éléments de preuve établissant que la stérilisation forcée est réellement pratiquée et qu'elle n'est pas seulement une menace proférée par les autorités locales de sa région. La personne qui revendique le statut de réfugié devrait présenter à la Commission des preuves concernant les méthodes visant à faire respecter la politique qui étaient appliquées dans sa région pendant la période en cause. Lorsqu'une telle preuve n'est pas disponible sous forme documentaire, le demandeur peut néanmoins établir que sa crainte est objectivement fondée en faisant état, dans son témoignage, de personnes qui se trouvent dans une situation analogue à la sienne. Cette attitude libérale relativement à la preuve des faits, qui constitue un assouplissement considérable des règles de preuve habituelles, vise à accorder au demandeur le bénéfice du doute dans les cas où la preuve documentaire, au sens strict, n'est pas disponible. Cette attitude concorde parfaitement avec les lignes directrices formulées dans le Guide du HCNUR:

43. Il n'est pas nécessaire que les arguments invoqués se fondent sur l'expérience personnelle du demandeur.

example, happened to his friends and relatives and other members of the same racial or social group may well show that his fear that sooner or later he also will become a victim of persecution is well-founded. The laws of the country of origin, and particularly the manner in which they are applied, will be relevant. The situation of each person must, however, be assessed on its own merits.

In this case, the appellant failed to provide either documentary evidence or anecdotal evidence to substantiate his claim that the pressure from the Chinese authorities to submit to sterilization would extend beyond psychological and financial pressure to actual physical coercion.

Additionally, the appellant did not produce any evidence to establish that the forced sterilization used by some local authorities in China is inflicted upon men by the local authorities in his area, Guangzhou. In fact, the documentary evidence produced by the appellant strongly suggests that physically coercive penalties for breach of the one-child policy apply principally if not solely against women. In one document which the appellant filed with the Board entitled *Slaughter of the Innocents: Coercive Birth Control in China*, written by John S. Aird, the author quotes, at p. 71, a portion of the family planning regulations adopted by the Tianhe District in Guangzhou as of January 1, 1987. These regulations make it clear that it is women who are subjected to physical coercion for breach of the one-child policy:

[A]ny woman who does not have an intrauterine device inserted within four months after giving birth shall be fined 20 *yuan* per month until she accepts the device. If a woman is allowed two children under the law and does not accept an intrauterine device after the birth of the second child, she must be sterilized. Before that measure is taken, she will be fined 50 *yuan* per month . . . If a woman who has one child fails at birth control, the pregnancy must be terminated and the woman sterilized.

Ainsi, le sort subi par des parents ou des amis ou par d'autres membres du même groupe racial ou social peut attester que la crainte du demandeur d'être lui-même tôt ou tard victime de persécutions est fondée. Les lois du pays d'origine, et particulièrement la façon dont ces lois sont appliquées, sont également pertinentes. Cependant, la situation de chaque personne doit être appréciée en elle-même.

En l'espèce, l'appelant n'a fourni aucune preuve documentaire ou anecdotique étayant sa prétention que les autorités chinoises ne se contenteraient pas d'exercer sur lui des pressions psychologiques et pécuniaires pour qu'il se soumette à la stérilisation, mais qu'elles iraient jusqu'à la contrainte physique.

De plus, l'appelant n'a produit aucun élément de preuve visant à établir que la stérilisation forcée, sanction à laquelle ont recours certaines autorités locales en Chine, est infligée aux hommes par les autorités locales de sa région, Guangzhou. En fait, la preuve documentaire qu'il a déposée tend fortement à indiquer que les peines participant de la contrainte physique qui sont infligées en cas de violation de la politique de l'enfant unique sont imposées principalement, sinon exclusivement, aux femmes. Dans un document déposé par l'appelant devant la Commission et intitulé *Slaughter of the Innocents: Coercive Birth Control in China*, l'auteur, John S. Aird, à la p. 71, cite une partie du règlement concernant le contrôle des naissances adopté, le 1^{er} janvier 1987, par le district de Tianhe, à Guangzhou. Il ressort clairement de ce règlement que ce sont les femmes qui font l'objet de mesures de contrainte physique en cas de violation de la politique de l'enfant unique:

[TRADUCTION] [L]es femmes qui négligent de se faire implanter un dispositif intra-utérin dans les quatre mois qui suivent la naissance de l'enfant paient, tant qu'elles obtempèrent pas, une amende mensuelle de 20 *yuan*s. Les femmes autorisées par la loi à avoir deux enfants et qui refusent l'implantation d'un dispositif intra-utérin après la naissance du deuxième enfant doivent se faire stériliser. Tant que cette mesure n'a pas été prise, elles paient une amende mensuelle de 50 *yuan*s [. . .] Les femmes qui ont déjà un enfant et qui pratiquent sans succès des mesures de contraception doivent se faire avorter, puis stériliser.

139

In this regard it is notable that the passage from the Country Reports quoted above states that penalties for excess births are levied against women's work units. In this case the appellant testified that his wife had lost her job as a result of the breach of the one-child policy, but his Personal Information Form reveals that he maintained his own job as a Manager in the Hung Cheong Works & Trading Company in Guangzhou until the time of his departure from China.

140

The other evidence provided by the appellant also failed to support an objectively well-founded fear of forced sterilization. At the time of the hearing in October 1991, more than a year after the appellant had signed the form confirming that he would agree to be sterilized in place of his wife within three months, no action had been taken to compel the sterilization of the appellant's wife. In fact, at the time of the hearing even the fine of 8,000 dollars had not been paid and the local authorities had apparently accepted a reduction in the amount of the fine in recognition of the fact that the wife was now unemployed:

Q The 8,000 dollars that the Public Security wanted you to pay, did you ever pay that?

A Until I left China, it wasn't paid. They said — they said under the condition situation, we don't have that money, they would take a reduction.

Q And how much was the reduction?

A Reduced to 4,800. My wife was dragging and not paying this penalty. Because of that, my child was not allowed officially entered into the record, so recently I have — I have consulted with my wife, and the money probably will be paid.

Furthermore, the appellant's family successfully renewed his driver's licence in December 1990, some five months after he had left the country. As was noted by the Board with respect to the appellant's separate claim for refugee status on the grounds of pro-democracy political opinion, the

À cet égard, il convient de rappeler que, dans l'extrait du Country Reports cité précédemment, on indique que les peines prévues en cas de naissances excédentaires sont infligées aux unités de travail des femmes visées. En l'espèce, l'appelant a affirmé que sa femme avait perdu son emploi par suite de la violation de la politique de l'enfant unique, mais sa Fiche de renseignements personnels révèle qu'il a, pour sa part, conservé son emploi de gestionnaire au sein de la société Hung Cheong Works & Trading Company, à Guangzhou, et ce jusqu'à son départ de la Chine.

L'autre élément de preuve fourni par l'appelant n'a pas non plus permis d'étayer le caractère objectif de sa crainte d'être stérilisé de force. En effet, au moment de l'audience, en octobre 1991, soit plus d'un an après la signature par l'appelant de la formule confirmant qu'il consentait à se faire stériliser à la place de sa femme dans un délai de trois mois, aucune mesure n'avait été prise pour forcer sa femme à subir cette mesure. De fait, au moment de l'audience, même l'amende de 8 000 dollars n'avait pas été payée, et les autorités locales avaient apparemment accepté de réduire cette somme pour tenir compte du fait que l'épouse était alors sans emploi:

[TRADUCTION]

Q Les 8 000 dollars que la Sécurité publique vous demandait de payer, les avez-vous jamais versés?

R Quand j'ai quitté la Chine, la somme n'avait pas été payée. Ils ont dit — ils ont dit que vu la situation — vu que nous n'avions pas l'argent qu'ils accepteraient de réduire cette somme.

Q Et de combien la somme a-t-elle été réduite?

R Elle a été réduite à 4 800. Ma femme laissait traîner les choses et ne payait pas l'amende. À cause de cela, mon enfant n'a pu être inscrit officiellement dans les registres; voilà pourquoi récemment, j'ai — j'en ai parlé avec ma femme, et l'argent sera probablement payé.

De plus, la famille de l'appelant a pu renouveler le permis de conduire de ce dernier en décembre 1990, quelque cinq mois après son départ du pays. Comme l'a signalé la Commission relativement à la revendication de l'appelant fondée sur ses opinions politiques pro-démocratiques, le renouvelle-

renewal of his driver's licence is not consistent with his claim of state imposed persecution.

The renewal of the driver's licence is inconsistent with the appellant's assertion that the Chinese authorities would have resorted to physical compulsion to sterilize him. The available evidence with respect to the pressure applied by Chinese authorities to submit to sterilization suggests that the *modus operandi* was rather to apply financial and regulatory pressure. The 1987 regulations from the appellant's city of Guangzhou, as quoted in the materials provided to the Board by the appellant (*Slaughter of the Innocents: Coercive Birth Control in China, supra*, at pp. 71-72) provide that:

If an unauthorized baby is the second, third, or subsequent child in a family and sterilization has not been accepted, the family will be denied permission to build a dwelling, their water and electricity will be cut off (or their water and electric rates will be increased five to ten times, depending on the type of residence), grain coupons will not be issued, [and] driver's licenses and private business licenses will be revoked. All these sanctions will end when the sterilization procedure is performed. (The above sanctions apply to all those listed in the family registration book.) [Emphasis added.]

It is unknown what effect the discovery of the birth of his second child would have had on the private business licence which the appellant held for his privately owned seafood restaurant. According to the appellant's testimony, the appellant sold the restaurant in order to raise money to come to Canada in April 1990, before his second child was discovered by the PSB. The Board, and this Court, can rely only on the reasonable deductions which can be drawn from the available evidence, which in this case involves the driver's licence.

My colleague, La Forest J. argues that no conclusions can be drawn from individual items of evidence and that on each item the appellant

ment de son permis de conduire n'est pas compatible avec son allégation de persécution imposée par l'État.

Le renouvellement du permis de conduire ne concorde pas avec l'allégation de l'appelant selon laquelle les autorités chinoises auraient utilisé la contrainte physique pour le stériliser. La preuve disponible relativement aux pressions exercées par les autorités chinoises pour amener les personnes visées à se faire stériliser tend à indiquer que le *modus operandi* consistait plutôt à exercer des moyens de pression de nature pécuniaire et administrative. Le règlement pris en 1987 par la ville où résidait l'appelant, Guangzhou, et cité dans les documents fournis à la Commission par l'appelant (*Slaughter of the Innocent: Coercive Birth Control in China, op. cit.*, aux pp. 71 et 72), comporte la disposition suivante:

[TRADUCTION] La famille qui, sans autorisation, a plus d'un enfant et rejette la stérilisation se voit refuser la permission de construire une habitation, on lui coupe l'eau et l'électricité (ou on lui fait payer des tarifs de cinq à dix fois plus élevés, selon le genre de maison qu'elle habite), elle ne reçoit pas de coupons pour les céréales [et] les permis de conduire et permis d'exploitation d'entreprise privée de ses membres sont révoqués. Ces sanctions prennent fin dès qu'il y a eu stérilisation. (Les sanctions susmentionnées s'appliquent à tous ceux qui sont inscrits sous le nom de cette famille dans le registre de population.) [Je souligne.]

On ignore l'effet que la découverte de la naissance de son deuxième enfant aurait eu sur le permis dont l'appelant était titulaire et qui l'autorisait à exploiter son propre restaurant de fruits de mer. Dans son témoignage, l'appelant déclare avoir vendu le restaurant pour recueillir les fonds nécessaires pour venir au Canada en avril 1990, avant que le BSP ne découvre la naissance de son deuxième enfant. La Commission et notre Cour ne peuvent s'appuyer que sur les déductions raisonnables qui peuvent être tirées de la preuve disponible, en l'occurrence de la preuve concernant le permis de conduire.

Mon collègue le juge La Forest affirme qu'aucune conclusion ne peut être tirée des différents éléments de preuve et que, relativement à

should be given the benefit of the doubt, often by considering hypotheticals which could support the appellant's claim. This approach handicaps a refugee determination Board from performing its task of drawing reasonable conclusions on the basis of the evidence which is presented. This approach is also fundamentally incompatible with the concept of "benefit of the doubt" as it is expounded in the UNHCR Handbook:

204. The benefit of the doubt should, however, only be given when all available evidence has been obtained and checked and when the examiner is satisfied as to the applicant's general credibility. The applicant's statements must be coherent and plausible, and must not run counter to generally known facts. [Emphasis added.]

143

All the available evidence shows that the Chinese authorities attempt to persuade couples with more than one child to submit to sterilization by psychological, social and financial pressure, including heavy fines. The primary agent of enforcement is the woman's work unit but such measures can include other family members specifically in the case of government controlled licences such as driver's licences. The generally known facts also suggest that some, but not all, local authorities exceed these measures and resort to physical compulsion primarily against women.

144

In this case, the appellant's testimony shows that psychological pressure was applied by frequent visits by the PSB and that financial pressure was applied by means of a heavy fine and termination of his wife's work permit. The appellant's testimony is that he gave written consent to sterilization within three months in order to avoid further psychological or financial pressure. Subsequent to the expiry of the three-month period, the evidence shows that the authorities took no steps to force the sterilization of the appellant's wife, that they sig-

chacun de ces éléments, il faut accorder à l'appelant le bénéfice du doute, souvent en prenant en considération des hypothèses susceptibles d'appuyer sa revendication. Cette méthode empêche l'organisme chargé de statuer sur la revendication du statut de réfugié de s'acquitter de sa tâche, qui est de tirer des conclusions raisonnables sur le fondement de la preuve qui lui est soumise. Elle est en outre fondamentalement incompatible avec le concept de «bénéfice du doute» expliqué dans le Guide du HCNUR:

204. Néanmoins, le bénéfice du doute ne doit être donné que lorsque tous les éléments de preuve disponibles ont été réunis et vérifiés et lorsque l'examineur est convaincu de manière générale de la crédibilité du demandeur. Les déclarations du demandeur doivent être cohérentes et plausibles, et ne pas être en contradiction avec des faits notoires. [Je souligne.]

Il ressort de tous les éléments de preuve disponibles que les autorités chinoises tentent, par des moyens de pressions d'ordre psychologique, social et pécuniaire, y compris par de lourdes amendes, de persuader les couples qui ont plus d'un enfant à se soumettre à la stérilisation. Le principal agent d'application de la politique est l'unité de travail de la femme, mais des mesures peuvent également être prises contre d'autres membres de la famille, notamment des mesures visant des permis délivrés par le gouvernement, par exemple les permis de conduire. Certains faits notoires tendent également à indiquer que des autorités locales, mais pas toutes, ne se limitent pas à ces mesures et ont recours à la contrainte physique, principalement contre les femmes.

En l'espèce, le témoignage de l'appelant démontre que le BSP a exercé de la pression psychologique en effectuant de fréquentes visites et que des pressions d'ordre pécuniaire ont également été exercées par l'application d'une lourde amende et la révocation du permis de travail de son épouse. L'appelant a témoigné qu'il avait consenti par écrit à se faire stériliser dans un délai de trois mois afin d'éviter de faire l'objet d'autres pressions de cette nature. La preuve révèle que, à l'expiration de la période de trois mois, les autorités n'ont pris

nificantly reduced the fine and that they renewed the appellant's driver's licence.

All of these facts, particularly when taken collectively, run directly counter to all the available evidence as to the behaviour to be expected of the authorities if their intention was to coerce the appellant physically to be sterilized. The available evidence establishes that Chinese authorities intent on physical coercion in contravention of "official" government policy would first exhaust all other means of coercion. Since the appellant's claim that he would be physically coerced into sterilization runs contrary to the available evidence and generally known facts it is not an appropriate instance in which to apply the benefit of the doubt in order to establish the appellant's case. The appellant's evidence is more consistent with the appellant's later comment that the major concern of the local officials was the loss of their bonus owing to the breach of the one-child policy, a concern which presumably would have been substantially alleviated by the payment of the stiff fine imposed by those authorities.

I am also unable to accept the conclusion of La Forest J. that the treatment of the appellant with respect to his second child was harsher because of his political opinions expressed by his giving food to pro-democracy demonstrators. There is no suggestion in the appellant's evidence that he considered the visits to his restaurant and the enforcement of the one-child policy to be related. Nor does the evidence suggest that the appellant was treated unusually harshly under the policy: as was noted above, he retained his managerial position and the fine imposed on him was significantly

aucune mesure pour contraindre l'épouse de l'appelant à se faire stériliser et qu'elles ont réduit considérablement le montant de l'amende infligée au départ, en plus de renouveler le permis de conduire de l'appelant.

Tous ces faits, particulièrement si on les considère dans leur ensemble, sont en contradiction directe avec tous les éléments de preuve disponibles relativement au comportement dont on pourrait s'attendre des autorités si leur intention était de contraindre physiquement l'appelant à subir la stérilisation. Les éléments de preuve disponibles établissent que les autorités chinoises qui ont l'intention de recourir à la contrainte physique, en violation de la politique gouvernementale «officielle», épuisent d'abord tous les autres moyens de coercition à leur disposition. Puisque la prétention de l'appelant qu'il serait contraint physiquement à se faire stériliser est en contradiction avec la preuve disponible et les faits notoires, il ne convient pas, en l'espèce, d'accorder à l'appelant le bénéfice du doute et ainsi conclure au bien-fondé de sa revendication. La preuve présentée par l'appelant est davantage compatible avec la remarque qu'il a formulée vers la fin de son témoignage, savoir que les fonctionnaires locaux craignaient principalement de perdre leur prime par suite de la violation de la politique de l'enfant unique, crainte qui, on le présume, aurait été atténuée considérablement par le paiement de l'amende sévère qu'ils avaient infligée.

Je suis également incapable de souscrire à la conclusion du juge La Forest que la façon dont on a traité l'appelant parce qu'il avait un deuxième enfant a été plus sévère en raison des opinions politiques qu'il a exprimées en donnant à manger aux manifestants pro-démocratiques. Rien dans le témoignage de l'appelant n'indique que ce dernier faisait un lien entre les visites effectuées à son restaurant et la mise en œuvre de la politique de l'enfant unique. Rien n'indique non plus que l'appelant était traité d'une façon exceptionnellement sévère en vertu de cette politique: comme je l'ai mentionné précédemment, il a conservé son poste de gestionnaire, et l'amende qui lui avait été imposée a été réduite de façon importante pour tenir

reduced to reflect the loss in earnings of his wife who did lose her job.

147 Of greater concern, however, is the fact that no appeal was ever taken from the Board's finding that the appellant did not face persecution for his pro-democracy political opinion. Thus, the Board's decision on the question of persecution in relation to the appellant's pro-democracy political opinion is final. This Court should not seek to overturn the Board's determination by introducing new factors at this level into an issue which was finally determined at the Board level and not appealed. Furthermore, the appellant did not raise the possibility that he might face forced sterilization for his pro-democracy political opinion either at the Board level or at any level on appeal. It is not open to this Court to decide the appellant's case on the basis of an issue on which leave to appeal was not granted. No argument was heard by the Court on this issue and no reliance was placed on it by the appellant himself.

148 The only issue raised in this appeal which involved political opinion was whether the action of having a child in contravention of China's one-child policy was an action which was sufficiently expressive of a political opinion to independently found a refugee claim. Given my finding that the appellant did not establish a well-founded fear of persecution, I do not find it necessary to deal with this issue.

149 In light of the fact that not all persons who have breached the one-child policy in China face a reasonable chance of forced sterilization, the appellant must establish a well-founded fear of forced sterilization before he can attempt to rely on the decision in *Cheung*. The appellant failed to adduce any evidence to establish on a balance of probabilities that his alleged fear of forced sterilization was objectively well-founded. On the basis of the oral testimony and documentary evidence presented by the appellant, forced sterilization remains no more

compte de la perte de revenus subie par son épouse du fait qu'elle a effectivement perdu son emploi.

Fait plus significatif, toutefois, il n'a jamais été interjeté appel de la conclusion de la Commission que l'appellant ne risquait pas la persécution du fait de ses opinions politiques pro-démocratiques. Par conséquent, la décision de la Commission touchant la crainte de persécution de l'appellant fondée sur ses opinions politiques pro-démocratiques est finale. Notre Cour ne devrait pas envisager d'infirmer la décision de la Commission en introduisant, à ce stade-ci, de nouveaux facteurs concernant une question qui a été tranchée de façon définitive par la Commission et n'a pas l'objet d'un appel. Qui plus est, ni devant la Commission ni devant quelque juridiction d'appel, l'appellant n'a soulevé la possibilité qu'il soit forcé de se faire stériliser du fait de ses opinions politiques pro-démocratiques. Notre Cour ne peut statuer sur le pourvoi de l'appellant en se fondant sur une question à l'égard de laquelle celui-ci n'a pas été autorisé à se pourvoir. De plus, cette question n'a fait l'objet d'aucun argument devant la Cour et l'appellant lui-même ne l'a pas invoquée.

La seule question relative aux opinions politiques et soulevée dans le présent pourvoi était de savoir si le fait d'avoir un enfant en contravention de la politique de l'enfant unique constituait de la part du demandeur du statut de réfugié une manifestation suffisamment éloquente de ses opinions politiques pour justifier à elle seule la revendication de ce dernier. Compte tenu de ma conclusion que l'appellant n'a pas établi qu'il craint avec raison d'être persécuté, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner cette question.

Étant donné que les personnes qui violent la politique chinoise de l'enfant unique ne courent pas toutes une possibilité raisonnable d'être stérilisées de force, l'appellant doit établir qu'il craint avec raison d'être stérilisé de force avant de pouvoir invoquer l'arrêt *Cheung*. L'appellant n'a produit aucun élément de preuve visant à établir que, selon la prépondérance des probabilités, sa crainte d'être stérilisé de force avait un fondement objectif. Compte tenu du témoignage oral de l'appellant et de la preuve documentaire qu'il a présentée, la

than a “mere possibility” for the appellant. In the absence of that evidence, the Board was unable to determine that the appellant has a well-founded fear of persecution in the form of a forced sterilization.

This conclusion is decisive of the appeal as the appellant has failed to establish on the evidence presented an essential component of the definition of Convention refugee. In the absence of the appellant’s meeting the burden of establishing a proper fact foundation on a balance of probabilities, appellate courts are handicapped in attempting to determine legal issues not grounded on the facts and should not attempt to do so. Therefore, the question of whether *Cheung* should be followed in light of the decision of this Court in *Ward* should await a case in which the necessary facts have been established in the refugee determination hearing.

The appellant failed to present any evidence with respect to a crucial element of his claim. There was, therefore, no legal basis upon which the Board could accept him as a convention refugee. The appeal must, therefore, be dismissed.

Appeal dismissed, LA FOREST, L’HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Legal Services Society, Vancouver.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the intervener Immigration and Refugee Board: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Solicitor for the intervener Canadian Council for Refugees: Parkdale Community Legal Services, Toronto.

stérilisation forcée ne demeure rien de plus qu’une «simple possibilité» en ce qui le concerne. En l’absence de la preuve de l’élément susmentionné, la Commission n’était pas en mesure de statuer que l’appelant craignait avec raison d’être persécuté en étant forcé de se faire stériliser.

La conclusion qui précède a un effet déterminant sur le présent pourvoi, car l’appelant n’a pas été en mesure, à la lumière de la preuve présentée, d’établir un des éléments essentiels de la définition de réfugié au sens de la Convention. En effet, dans les cas où l’appelant ne s’acquitte pas du fardeau d’établir, selon la prépondérance des probabilités, un fondement factuel valable, il est difficile pour les tribunaux d’appel de trancher des questions de droit qui ne reposent pas sur des faits, et ils ne devraient pas tenter de le faire. Par conséquent, la question de savoir si l’arrêt *Cheung* devrait être suivi, compte tenu de l’arrêt *Ward* de notre Cour, devra attendre une espèce où les faits nécessaires auront été établis à l’audition de la revendication du statut de réfugié.

Comme l’appelant n’a présenté aucun élément de preuve à l’égard d’un élément fondamental de sa revendication, la Commission ne pouvait donc s’appuyer sur aucun fondement juridique pour lui reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention. Par conséquent, le pourvoi doit être rejeté.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, L’HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureur de l’appelant: Legal Services Society, Vancouver.

Procureur de l’intimé: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l’intervenante la Commission de l’immigration et du statut de réfugié: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureur de l’intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés: Parkdale Community Legal Services, Toronto.

150

151

Kobe ter Neuzen *Appellant*

v.

Dr. Gerald Korn *Respondent*

and

HIV-T Group (Blood Transfused), the Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors, the Canadian Hospital Association and the Canadian Red Cross Society *Interveners*

INDEXED AS: TER NEUZEN v. KORN

File No.: 23773.

1995: February 2; 1995: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Physicians and surgeons — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether physician could be found negligent notwithstanding conformity with standard medical practice — Whether trial judge erred in instructing jury that prevailing standard of practice could itself be found to be negligent.

Contracts — Sale of goods — Implied conditions — Implied warranty — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether implied conditions under Sale of Goods Act applicable — Whether implied warranty exists at common law that semen would be of merchantable quality and fit for its purpose — Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370.

Damages — Non-pecuniary damages — Limit — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether trial judge erred in failing to charge jury on rough upper limit on non-pecuniary damages — If not,

Kobe ter Neuzen *Appelante*

c.

Dr Gerald Korn *Intimé*

et

HIV-T Group (Blood Transfused), la Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors, l'Association des hôpitaux du Canada et la Société canadienne de la Croix-Rouge *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: TER NEUZEN c. KORN

N° du greffe: 23773.

1995: 2 février; 1995: 19 octobre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Médecins et chirurgiens — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Le médecin peut-il être taxé de négligence même s'il a respecté la pratique courante? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en informant le jury qu'il pouvait conclure que la pratique courante constituait en soi de la négligence?

Contrats — Vente d'objets — Conditions implicites — Garantie implicite — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Les conditions implicites visées par la Sale of Goods Act sont-elles applicables? — Existe-t-il en common law une garantie implicite que le sperme sera de qualité marchande et adapté à l'usage auquel il est destiné? — Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370.

Domages-intérêts — Domages-intérêts non pécuniaires — Plafond — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur lorsqu'il a omis de parler du plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires dans son exposé au jury? — Dans la

whether damages awarded for non-pecuniary loss ought to be adjusted accordingly.

The appellant participated in the respondent obstetrician and gynaecologist's artificial insemination ("AI") program from 1981 until January 1985, and became infected by HIV as a result of the final AI procedure she underwent. The respondent had not warned her of the risk of HIV infection. The first documented case in the world of HIV transmission through AI was published in the lay media in July 1985 and in a medical journal in September 1985. None of the obstetric literature mentioned AI as a mode of transmission of HIV and no article summarized the disease risks of AI before 1986. As of January 1985, there was no test available for the detection of HIV in semen or blood in Canada. Although the respondent knew that HIV could be transmitted by heterosexual sex, he was not aware that HIV could be transmitted by AI until July 1985. There was expert evidence at trial that the respondent's AI practice was in keeping with general practices across Canada. Specifically, his practice of recruitment and screening of donors and semen accorded with standard practice. The trial judge instructed the jury that it was open to find the respondent negligent on the basis that he failed to comply with the standard medical practice at that time. Alternatively, they could find that the approved practice itself was negligent. With respect to the sale of goods issue, the trial judge instructed the jury to determine first whether the contract between the parties was primarily one for goods or primarily for services. If it was primarily for goods, then the *Sale of Goods Act* with its implied conditions applied. The trial judge also instructed the jury that aside from the Act, they had to consider whether there was a warranty of fitness and merchantability at common law, but that any common law warranty would simply amount to the same thing as negligence. The jury held that the contract between the parties was primarily one for services and therefore the *Sale of Goods Act* did not apply. They found the respondent negligent, however, and awarded damages totalling \$883,800, including \$460,000 for non-pecuniary damages. The Court of Appeal set aside the verdict and ordered a new trial on the issue of liability as well as damages. With respect to the negligence claim, the court distinguished between two aspects of the respondent's practice: the conduct of the AI procedure, which reflected the current state of knowledge as to the risk of transmission of HIV involved in the use of that procedure, and the screening and follow-up of donors. The court concluded that it was impossible to determine whether the jury found the respondent negligent on the first or second aspects of his practice. On the evidence,

négative, y a-t-il lieu d'ajuster le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte non pécuniaire?

L'appelante a participé au programme d'insémination artificielle («IA») de l'intimé, obstétricien gynécologue, de 1981 au mois de janvier 1985, et a été infectée par le VIH par suite de la dernière IA à laquelle elle s'est soumise. L'intimé n'avait pas prévenu l'appelante du risque de transmission du VIH. Le premier cas documenté, dans le monde entier, de transmission du VIH par insémination artificielle a été relaté dans une publication non spécialisée en juillet 1985 et dans une revue médicale en septembre 1985. Avant 1986, aucune revue d'obstétrique n'a fait mention de la transmission du VIH par l'IA et aucun article ne contenait de résumé des risques de maladie liés à l'IA. Au Canada, en janvier 1985, il n'existait aucune méthode pour détecter le VIH dans le sperme ou le sang. Bien que l'intimé ait su que le VIH pouvait être transmis par les rapports hétérosexuels, il n'a appris que le VIH pouvait être communiqué par l'IA qu'en juillet 1985. Selon les témoignages d'experts au procès, l'intimé s'est conformé aux usages canadiens en matière d'IA. Plus précisément, sa méthode pour recruter et sélectionner les donneurs et le sperme était conforme à la pratique courante. Le juge de première instance a informé le jury qu'il pouvait conclure à la négligence de l'intimé parce qu'il avait omis de respecter la pratique courante à l'époque. Subsidiairement, il pouvait conclure que cette pratique constituait en soi de la négligence. Quant à la question de la vente d'objets, le juge de première instance a informé le jury qu'il devait d'abord décider si le contrat entre les parties était avant tout un contrat de vente ou un contrat de services. S'il s'agissait principalement d'un contrat de vente, alors la *Sale of Goods Act* et ses conditions implicites s'appliquaient. Le juge de première instance a également informé le jury que, en plus d'examiner la Loi, il devait se demander s'il existait en common law une garantie de qualité ou d'adaptation à un usage particulier, mais que la garantie qui serait applicable en common law équivaldrait simplement à la négligence. Le jury a conclu que c'était principalement un contrat de services et, en conséquence, la *Sale of Goods Act* ne s'appliquait pas. Toutefois, il a conclu à la négligence de l'intimé et a accordé des dommages-intérêts de 883 800 \$, dont 460 000 \$ en dommages-intérêts non pécuniaires. La Cour d'appel a annulé le verdict et ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la question de la responsabilité et sur les dommages-intérêts. Quant à la prétention selon laquelle il y a eu négligence, la cour a fait une distinction entre deux aspects de la pratique suivie par l'intimé: la façon de pratiquer l'IA conformément aux données acquises de la science quant au risque

it was not available to the jury to find that the respondent ought to have known of the risk of HIV by AI. The trial judge charged the jury in this manner, however, and it may have been the basis upon which the jury found negligence. Therefore, the verdict could not stand. The court also concluded that while it was reasonable for the trial judge not to have instructed the jury on the rough upper limit for non-pecuniary damages when neither counsel had asked for such a charge, the award must be corrected to conform with the jurisprudence if the damages exceed the limit.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: It is well settled that physicians have a duty to conduct their practice in accordance with the conduct of a prudent and diligent doctor in the same circumstances. In the case of a specialist, such as a gynaecologist and obstetrician, the doctor's behaviour must be assessed in light of the conduct of other ordinary specialists, who possess a reasonable level of knowledge, competence and skill expected of professionals in Canada, in that field. The conduct of physicians must be judged in the light of the knowledge that ought to have been reasonably possessed at the time of the alleged act of negligence. It was not possible for a jury acting judicially to have found that, in 1985, the respondent ought to have known of the risk of HIV by AI. While conformity with common practice will generally exonerate physicians of any complaint of negligence, there are certain situations where the standard practice itself may be found to be negligent. However, this will only be where the standard practice is fraught with obvious risks such that anyone is capable of finding it negligent, without the necessity of judging matters requiring diagnostic or clinical expertise. The question as to whether the trier of fact can find that a standard practice is itself negligent is a question of law to be determined by the trial judge irrespective of the mode of trial. The first aspect of the negligence claim was not one that the jury could decide without the aid of expert evidence. Accordingly, the trial judge erred in inviting them to do so.

de transmission du VIH par cet acte médical, et la sélection et le suivi des donneurs. La cour a statué qu'il était impossible de déterminer si le jury avait conclu à la négligence de l'intimé sous le premier ou sous le second aspect de la pratique qu'il suivait. Le jury ne pouvait se fonder sur les témoignages pour conclure que l'intimé aurait dû connaître le risque de communication du VIH par l'IA. Toutefois, c'est ce que le juge de première instance a dit au jury dans ses directives et c'est peut-être là-dessus que celui-ci s'est fondé pour conclure à la négligence. En conséquence, le verdict devait être annulé. La cour a également conclu que, bien qu'il ait été raisonnable que le juge de première instance ne donne pas de directive au jury relativement au plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires, puisque aucun des deux avocats ne lui avait demandé de lui en donner, il y avait lieu d'ajuster le montant accordé selon les principes énoncés dans la jurisprudence, s'il excédait le plafond.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: Il est bien établi que tout médecin doit exercer son activité comme un médecin prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Dans le cas d'un spécialiste, tel qu'un obstétricien gynécologue, il faut évaluer la conduite du médecin par rapport à celle des autres spécialistes qui possèdent le degré raisonnable de science, de compétence et d'habileté auquel on s'attend des professionnels au Canada dans cette spécialité. La conduite des médecins doit être appréciée en fonction des connaissances qu'ils auraient raisonnablement dû posséder à l'époque de la négligence alléguée. Un jury agissant de manière judiciaire ne pouvait pas conclure qu'en 1985 l'intimé aurait dû connaître le risque de transmission du VIH par l'IA. Si la conformité à la pratique courante exonère généralement le médecin de toute responsabilité pour négligence, il arrive parfois que cette pratique constitue en soi de la négligence. Toutefois, ce ne sera que dans les cas où la pratique comporte de nombreux risques évidents, c'est-à-dire dans ceux où n'importe qui est à même de conclure qu'elle constitue de la négligence, sans avoir à se prononcer sur des questions exigeant un diagnostic ou des connaissances de clinicien. La question de savoir si le juge des faits peut conclure qu'une pratique courante constitue en soi de la négligence est une question de droit qui relève du juge de première instance, peu importe le mode de procès. Le premier aspect de la prétention relative à la négligence n'était pas une question que le jury pouvait trancher sans l'aide de témoignages d'experts. Le juge de première instance a donc commis une erreur en l'invitant à trancher cette question.

With respect to the second aspect of the negligence claim, infection with HIV is within the same class of injury as other sexually transmitted diseases and the respondent could be liable for the damage caused notwithstanding that he did not foresee that a failure to take reasonable steps to protect his patients could result in HIV infection. It would be sufficient to found liability if it is established that the respondent ought to have foreseen the class of injury. The evidence as to standard practice with respect to the screening and follow-up of donors was sketchy and it would be open to the jury to find that there was at the relevant time no standard practice. On the other hand, the jury could also find that the standard practice was not to screen donors or carry out follow-up interviews beyond what the respondent did. The jury could determine the appropriate standard without reliance on expert evidence.

The Information Sheet provided by the respondent did not amount to a warranty that the donor would not be homosexual or a drug abuser. There is no indication that there was any intention on the part of either party that there should be contractual liability in respect of the statement in the Information Sheet. Moreover, it appears that the appellant did not raise this issue in either court below.

In order for the *Sale of Goods Act* to apply, a contract must be primarily for the purpose of selling goods. If the sale of a good is merely incidental to what is primarily a contract for services, then the statute will not imply a warranty. Assuming that there was in fact a sale of semen between the appellant and respondent, it cannot be contended that the contract was one primarily for the sale of semen such as to attract the application of the *Sale of Goods Act*. Apart from the Act, a court must consider whether a common law warranty of fitness and merchantability should be implied into the contract which includes services as well as the provision of materials. However, such a warranty will not be implied in all circumstances. The court must examine the specific nature of the contract and the relationship between the parties in order to assess whether it was the intention of the parties that such a warranty be implied. Courts must be very cautious in their approach to implying contractual terms. A rationale for implying warranties in contracts of goods and services is that a supplier of goods generally has recourse against the manufacturer under the *Sale of Goods Act* as a result of the statutory conditions imposed. While it is true that the primary purpose of the implied warranty is to hold the supplier of goods liable notwithstanding the absence of negli-

Quant au second aspect de la prétention relative à la négligence, l'infection par le VIH entre dans la même catégorie de préjudice que les autres maladies transmises sexuellement et l'intimé pourrait être tenu responsable du dommage causé, en dépit du fait qu'il ne prévoyait pas que l'omission de prendre des précautions raisonnables pour protéger ses patientes pouvait entraîner la contamination par le VIH. Pour attribuer une responsabilité à l'intimé, la preuve qu'il aurait dû prévoir la catégorie de préjudice serait suffisante. La preuve relative à la pratique courante quant à la sélection et au suivi des donneurs était sommaire et le jury pouvait parfaitement conclure qu'il n'y avait pas de pratique courante à l'époque pertinente. En revanche, le jury pouvait aussi conclure que la pratique courante n'était pas de sélectionner les donneurs ou de faire des entrevues de contrôle d'une manière plus complète que l'intimé ne l'a fait. Le jury pouvait déterminer la norme appropriée sans s'aider des témoignages d'experts.

La fiche de renseignements remise par l'intimé ne constituait pas une garantie que le donneur ne serait ni homosexuel ni toxicomane. Rien n'indique que l'une ou l'autre des parties ait voulu que la déclaration contenue dans la fiche de renseignements crée une obligation contractuelle. De plus, il appert que l'appelante n'a soulevé la question devant ni l'une ni l'autre des juridictions inférieures.

Pour que la *Sale of Goods Act* s'applique, il faut qu'un contrat porte principalement sur la vente d'objets. Si la vente d'un objet n'est qu'un aspect accessoire de ce qui est avant tout un contrat de services, aucune garantie implicite ne découle de la loi. À supposer qu'il y ait effectivement eu vente de sperme entre l'appelante et l'intimé, on ne saurait prétendre qu'il s'agissait principalement d'un contrat de vente de sperme de nature à rendre la *Sale of Goods Act* applicable. Sans égard à cette loi, le tribunal doit décider si une garantie d'adaptation à un usage particulier et de qualité marchande, reconnue en common law, doit être tenue pour implicite dans un contrat comportant la prestation de services et la fourniture de matériel. Toutefois, une telle garantie implicite ne sera pas admise dans tous les cas. Le tribunal doit examiner la nature précise du contrat et la relation entre les parties pour déterminer si une telle garantie implicite correspondait à l'intention des parties. Les tribunaux doivent apporter beaucoup de circonspection dans leur décision concernant l'existence de conditions implicites. L'une des raisons pour lesquelles des garanties implicites seront admises dans le cas de contrats de vente et de services est que le fournisseur des objets peut généralement poursuivre le fabricant sous le régime de la *Sale of Goods Act* en invoquant les conditions

gence, different considerations apply in the context of the medical profession than in the ordinary commercial context. The doctor cannot trace the liability back to the initial manufacturer. Moreover, it must be recognized that biological products such as blood and semen, unlike manufactured products, carry certain inherent risks. It would be inappropriate to imply a warranty of fitness and merchantability in the circumstances of this case. Moreover, any warranty would simply be to take reasonable care.

While the appellant has suffered immensely as a result of this tragedy, and AIDS is a dreadful disease which will eventually take her life prematurely, with respect to non-pecuniary losses this case is no different from other tragedies and the adjusted rough upper limit on non-pecuniary damages should accordingly apply. The trial judge should instruct the jury as to an upper limit if, after considering the submissions of counsel, he or she is of the opinion that the damages by reason of the type of injury sustained might very well be assessed in the range of or exceeding the upper limit. On the other hand, if the trial judge is of the view that the injuries involved will not likely produce an award approaching the rough upper limit, it is best that the trial judge not charge the jury on the matter. Whether the jury is or is not advised of the upper limit, if the award exceeds the limit the trial judge should reduce it to conform with the "cap" established, adjusted for inflation. In the present case it was reasonable for the trial judge not to give an instruction on the upper limit, but since the damages awarded for non-pecuniary losses far exceeded that limit, he ought to have reassessed the award.

Per L'Heureux-Dubé J.: Sopinka J.'s reasons were agreed with, except with respect to the trial judge's instruction to the jury on the upper limit of non-pecuniary damages. The determination of the quantum of damages should be left to the jury without instructions as to the upper limit, subject to the judge's power to reduce excessive awards. It has always been held improper for the trial judge or counsel to express any views as to the quantum of damages. It is well established that the amount of damages is a question of fact for the jury to determine, and not a question of law for the judge. The establishment of an upper limit for non-pecuniary damages only affects the quantum of the awards, not the way

imposées par cette loi. Il est certes vrai que la garantie implicite a pour but principal d'attribuer une responsabilité au fournisseur d'objets même s'il n'a pas été négligent, mais ce ne sont pas les mêmes considérations qui s'appliquent dans le contexte des soins médicaux et dans celui du commerce. Le médecin ne peut pas reporter la responsabilité sur le fabricant. En outre, il faut reconnaître que les produits biologiques comme le sang et le sperme, contrairement aux produits fabriqués, impliquent certains risques inhérents. Étant donné les circonstances de la présente espèce, il n'y a pas lieu d'appliquer une garantie implicite de qualité marchande et d'adaptation à un usage particulier. De plus, toute garantie se résumerait à une simple garantie de prudence raisonnable.

L'appelante a souffert énormément à cause de cette tragédie et le sida est une maladie terrible qui provoquera sa mort prématurée. Toutefois, en ce qui concerne les pertes non pécuniaires, l'espèce n'est pas différente d'autres tragédies et le plafond approximatif ajusté des dommages-intérêts non pécuniaires s'applique en l'espèce. Le juge de première instance devrait donner une directive au jury relativement à l'existence d'un plafond, si, après avoir étudié les observations des avocats, il estime que les dommages-intérêts, en raison du type de préjudice subi, pourraient très bien être fixés à un montant qui approche le plafond ou le dépasse. En revanche, si le juge de première instance est d'avis qu'il y a peu de chances qu'une indemnité approchant le plafond approximatif soit accordée, étant donné la nature du préjudice, il vaut mieux ne pas donner de directive au jury sur ce point. Qu'il informe ou non le jury de l'existence du plafond, le juge doit réduire l'indemnité accordée si elle dépasse le plafond établi, ajusté en fonction de l'inflation. En l'espèce, il était raisonnable que le juge ne donne pas de directive relativement au plafond. Toutefois, comme les dommages-intérêts accordés au titre des pertes non pécuniaires excédaient de beaucoup le plafond, il aurait dû réévaluer l'indemnité.

Le juge L'Heureux-Dubé: L'opinion du juge Sopinka est acceptée sauf en ce qui a trait aux directives du juge au jury au sujet de la limite en matière de dommages-intérêts non pécuniaires. La tâche de déterminer le montant des dommages-intérêts devrait être laissée au jury, sans que lui soit donnée de directive relativement à l'existence d'une limite, sujet au pouvoir du juge de réduire les montants excessifs. On a toujours jugé inapproprié pour le juge de première instance ou les avocats d'exprimer une opinion au sujet du montant des dommages-intérêts. Il est bien établi que le montant des dommages-intérêts est une question de fait qui relève du jury, et non une question de droit du ressort du juge.

in which they are determined. The existence of an upper limit as a matter of law remains consistent with not instructing the jury as to such upper limit. By so instructing the jury, the status quo in novel areas of the law would be institutionalized. There is no evidence as to the inadequacy of the present system. Finally, from a pragmatic standpoint, to require the trial judge to charge the jury on the upper limit of non-pecuniary damages may be inviting unmeritorious appeals on that part of the judge's instructions to the jury, given that, when it comes to damages, no figure will ever be "right".

Cases Cited

By Sopinka J.

Followed: *Perlmutter v. Beth David Hospital*, 123 N.E.2d 792 (1954); *Fisher v. Sibley Memorial Hospital*, 403 A.2d 1130 (1979); *St. Luke's Hospital v. Schmaltz*, 534 P.2d 781 (1975); **not followed:** *Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital*, 266 N.E.2d 897 (1970); **referred to:** *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629; *Wilson v. Swanson*, [1956] S.C.R. 804; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *McCormick v. Marcotte*, [1972] S.C.R. 18; *Roe v. Ministry of Health*, [1954] 2 All E.R. 131; *Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead*, [1975] 2 S.C.R. 831; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Anderson v. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (Man. C.A.), aff'd [1950] 4 D.L.R. 223 (S.C.C.); *R. v. Côté*, [1976] 1 S.C.R. 595; *Gee v. White Spot Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 235; *G. H. Myers and Co. v. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46; *Young & Marten Ltd. v. McManus Childs Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454; *G. Ford Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 401; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Crosby v. O'Reilly*, [1975] 2 S.C.R. 381.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Gray v. Alanco Developments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 652; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287.

L'établissement d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires ne touche que le montant des dommages-intérêts, et non la façon dont ils sont déterminés. L'existence d'une limite comme question de droit demeure compatible avec le fait que le juge s'abstienne d'en faire mention au jury. Donner des instructions au jury relativement à cette question, c'est institutionnaliser le statu quo dans ce nouveau domaine du droit. Il n'y a aucune preuve établissant que le présent système est inapproprié. Enfin, d'un point de vue pragmatique, obliger le juge de première instance à donner au jury une directive relativement à l'existence d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires serait peut-être inviter la formation d'appels non fondés sur cette partie de l'exposé au jury, étant donné qu'en matière de dommages-intérêts, aucun montant ne sera jamais «juste».

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts suivis: *Perlmutter c. Beth David Hospital*, 123 N.E.2d 792 (1954); *Fisher c. Sibley Memorial Hospital*, 403 A.2d 1130 (1979); *St. Luke's Hospital c. Schmaltz*, 534 P.2d 781 (1975); **arrêt non suivi:** *Cunningham c. MacNeal Memorial Hospital*, 266 N.E.2d 897 (1970); **arrêts mentionnés:** *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629; *Wilson c. Swanson*, [1956] R.C.S. 804; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *McCormick c. Marcotte*, [1972] R.C.S. 18; *Roe c. Ministry of Health*, [1954] 2 All E.R. 131; *Vancouver-Fraser Park District c. Olmstead*, [1975] 2 R.C.S. 831; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Anderson c. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (C.A. Man.), conf. par [1950] 4 D.L.R. 223 (C.S.C.); *R. c. Côté*, [1976] 1 R.C.S. 595; *Gee c. White Spot Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 235; *G. H. Myers and Co. c. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46; *Young & Marten Ltd. c. McManus Childs Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454; *G. Ford Homes Ltd. c. Draft Masonry (York) Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 401; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Crosby c. O'Reilly*, [1975] 2 R.C.S. 381.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Gray c. Alanco Developments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 652; *Hill c. Église de Scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287.

Statutes and Regulations Cited

Negligence Act, R.S.B.C. 1979, c. 298, s. 6.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370, ss. 17, 18.

Authors Cited

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss*. Vancouver: The Commission, 1984.
 Charles, W. H. R. *Charles Handbook on Assessment of Damages in Personal Injury Cases*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1979.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65, setting aside the jury's verdict, which found the respondent negligent and awarded damages to the appellant, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Sandra J. Harper and Kathleen Birney, for the appellant.

Christopher E. Hinkson, Q.C., and *M. Lynn McBride*, for the respondent.

Written submissions only by *Kenneth Arenson*, for the interveners HIV-T Group (Blood Transfused) and the Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors.

Written submissions only by *Daniel A. Webster, Q.C.*, for the intervener the Canadian Hospital Association.

Written submissions only by *Peter K. Boeckle* and *Anil Varma*, for the intervener the Canadian Red Cross Society.

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

Lois et règlements cités

Negligence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 298, art. 6.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370, art. 17, 18.

Doctrine citée

Charles, W. H. R. *Charles Handbook on Assessment of Damages in Personal Injury Cases*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.
 Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss*. Vancouver: The Commission, 1984.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65, qui a annulé le verdict du jury, qui avait conclu à la négligence de l'intimé et accordé des dommages-intérêts à l'appelante, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Sandra J. Harper et Kathleen Birney, pour l'appelante.

Christopher E. Hinkson, c.r., et *M. Lynn McBride*, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *Kenneth Arenson*, pour les intervenants HIV-T Group (Blood Transfused) et Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors.

Argumentation écrite seulement par *Daniel A. Webster, c.r.*, pour l'intervenante l'Association des hôpitaux du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Peter K. Boeckle* et *Anil Varma*, pour l'intervenante la Société canadienne de la Croix-Rouge.

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

SOPINKA J. — This appeal raises issues concerning the liability of the respondent physician for conducting an artificial insemination (“AI”) procedure which resulted in his patient, the appellant, contracting the Human Immunodeficiency Virus (“HIV”) through the infected semen of the donor. Specifically, this Court must address whether the respondent physician could be found negligent, notwithstanding conformity with standard medical practice, and whether the trial judge erred in instructing the jury that the prevailing standard of practice could itself be found to be negligent.

As well, this appeal also raises for consideration the issue of whether the implied conditions under the *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, c. 370, are applicable in the present circumstances or whether there exists an implied warranty at common law that the semen would be of merchantable quality and fit for its purpose.

Finally, this appeal requires the Court to consider whether the rough upper limit for non-pecuniary damages, established by this Court in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, ought to have been applied by the jury in the present case. First, it must be decided whether the trial judge erred in failing to charge the jury on the rough upper limit. If the trial judge was not in error, this Court must decide whether the damages awarded for non-pecuniary loss, which far exceeded the upper limit established in *Andrews*, ought nonetheless to be adjusted in accordance with those principles.

I should note that the interveners HIV-T Group (Blood Transfused) and Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors also raised the issue of whether the medical profession ought to be held liable for the distribution of defective products, such as semen, based on a theory of strict liability in tort. This approach has been used in some American cases. However, I am in agreement with the respondent that this is not the appropriate case to address this important issue which could have far-reaching implications for the medical profession and the Canadian system of public health insurance in general. The appellant did not raise

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi soulève des questions concernant la responsabilité du médecin intime à l’égard d’une insémination artificielle («IA») par suite de laquelle sa patiente, l’appelante, a contracté le virus de l’immunodéficience humaine («VIH») transmis par le sperme contaminé du donneur. Plus précisément, notre Cour est appelée à décider si le médecin intime peut être taxé de négligence même s’il a respecté la pratique courante, et si le juge de première instance a commis une erreur en informant le jury qu’il pouvait conclure que cette pratique constituait en soi de la négligence.

Il s’agit en outre, de décider si les conditions implicites visées par la *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 370, sont applicables aux faits de l’espèce ou s’il existe en common law une garantie implicite que le sperme sera de qualité marchande et adapté à l’usage auquel il est destiné.

Enfin, notre Cour doit décider si le jury aurait dû s’en tenir dans la présente espèce au plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires que notre Cour a fixé dans l’arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229. Il faut tout d’abord décider si le juge de première instance a commis une erreur lorsqu’il a omis de parler de ce plafond dans son exposé au jury. Dans la négative, notre Cour doit décider s’il y a néanmoins lieu d’ajuster, conformément aux principes énoncés dans l’arrêt *Andrews*, le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte non pécuniaire, lequel excédait de beaucoup le plafond fixé.

Je dois faire remarquer que les intervenants HIV-T Group (Blood Transfused) et Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors ont soulevé aussi la question de savoir si le corps médical devait être tenu responsable de la distribution de produits défectueux, tels que le sperme, selon le principe de la responsabilité stricte en droit de la responsabilité civile délictuelle. Ce principe a été appliqué dans certaines causes américaines. Toutefois, j’estime, tout comme l’intimé, que la présente espèce ne se prête pas à l’examen de cette question importante qui pourrait entraîner des répercussions d’une portée considérable sur le

1

2

3

4

this issue in her pleadings at trial, nor at the Court of Appeal. Thus, the issue has been raised for the first time at this Court by the interveners. In these circumstances, the applicability of strict liability in tort is best left for another day.

I. Facts

5 The facts and the evidence of the expert witnesses at trial were thoroughly summarized in the reasons of the Court of Appeal. I do not intend to review the evidence of each expert individually again in these reasons. However, in order to resolve this appeal, it is necessary to review the relevant facts in some detail and highlight some of the key aspects which emerge from the evidence.

6 The respondent is an obstetrician and gynaecologist and has practised AI since 1974. The appellant was a psychiatric nurse. She participated in the respondent's AI program from 1981 until January 21, 1985, during which time she underwent about 35 AI procedures. It was agreed that the appellant became infected by HIV as a result of the AI procedure on January 21, 1985. The respondent did not warn the appellant of the risk of HIV infection resulting from the AI procedure (also referred to as "the risk").

7 The first report of HIV in female sex partners of men with AIDS appeared in early 1983. At that time, heterosexual intercourse was seen as a potential source of infection. However, there was no link between AI and HIV. In December 1983, for the first time, the risk of contracting AIDS was related to blood transfusions. In October 1983, an important letter was published by Dr. Mascola in the *New England Journal of Medicine* suggesting that there was a risk of transmitting sexually transmitted diseases ("STDs") through AI. However, this prestigious journal was not widely read by gynaecologists and the respondent did not read this letter. It appears that Dr. Mascola was the first person in the world to express a concern about the possibility of transmitting HIV through AI. The

corps médical et sur le régime canadien d'assurance-maladie en général. L'appelante n'a pas soulevé cette question dans ses conclusions au procès ni en appel. Par conséquent, la question a été soulevée pour la première fois devant notre Cour par les intervenants. Vu les circonstances, il vaut mieux reporter à une autre occasion l'étude de l'applicabilité de la responsabilité stricte en droit de la responsabilité civile délictuelle.

I. Les faits

Les motifs de la Cour d'appel nous fournissent un résumé complet des faits et des témoignages des experts au procès. Je ne vais pas faire une nouvelle analyse du témoignage de chaque expert. Toutefois, il est nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de s'arrêter aux faits pertinents et de souligner certains des aspects essentiels qui se dégagent de la preuve.

L'intimé est obstétricien et gynécologue. Il pratique l'IA depuis 1974. L'appelante était infirmière en psychiatrie. Elle a participé au programme d'IA de l'intimé de 1981 au 21 janvier 1985, se soumettant à 35 traitements durant cette période. Il a été reconnu que l'appelante a été infectée par le VIH par suite d'une IA effectuée le 21 janvier 1985. L'intimé n'a pas prévenu l'appelante du risque de transmission du VIH par l'IA (aussi appelé «le risque»).

C'est au début de 1983 qu'on entend parler pour la première fois d'infection des partenaires féminines d'hommes atteints du sida. À l'époque, on estimait que les rapports hétérosexuels étaient une source possible d'infection. Toutefois, aucun lien n'avait été établi entre l'IA et le VIH. En décembre 1983, le risque de contracter le sida a été associé pour la première fois aux transfusions sanguines. En octobre 1983, le Dr Mascola a publié dans le *New England Journal of Medicine* une importante lettre dans laquelle il émet l'avis que l'IA comporte un risque de transmission de maladies transmissibles sexuellement («MTS»). Toutefois, cette revue prestigieuse n'était pas beaucoup lue par les gynécologues et l'intimé n'a pas lu cette lettre. Il semble que le Dr Mascola ait été la première per-

first documented case in the world of HIV transmission through AI was published in the lay media in July 1985 and in a medical journal in September 1985. None of the obstetric literature mentioned AI as a mode of transmission of HIV and no article summarized the disease risks of AI before 1986.

The evidence reveals that the knowledge about HIV was rapidly growing in the period of 1984-85; however, it was still quite limited and confusing in the early days. Generally, research scientists and health care officials in the AIDS field were expected to be more up to date on medical developments concerning HIV than clinical practitioners and the general medical community. In 1984, the Elisa test was developed in the United States which enabled doctors to test for HIV in blood and tissues. However, as of January 21, 1985, there was no test available for the detection of HIV in semen or blood in Canada. The Elisa test did not become available in Canada until later in 1985. Therefore, it was impossible to test the semen of donors for HIV at the time the appellant became infected.

At this time, it was widely believed that HIV was an STD; however, it was hoped that the atraumatic AI procedure was free of risk. It was believed that the small abrasions caused by intercourse were necessary in order for the virus to get into the bloodstream. Thus, in late 1984, a possibility of the transmission of HIV through heterosexual intercourse was known, but AI was not seriously considered to put anyone at risk of being infected.

Some of the experts testified that an analogy could be drawn between Hepatitis B and HIV, since both were STDs. It was not until late 1986 that it was recognized that Hepatitis B could be transmitted by AI and it was common ground that there were no published reports of Hepatitis B transmissions by AI until the fall of 1987.

sonne dans le monde entier à exprimer une inquiétude au sujet de la possibilité de transmission du VIH par l'IA. Le premier cas documenté de transmission du VIH par l'IA a été relaté dans une publication non spécialisée en juillet 1985 et dans une revue médicale en septembre 1985. Avant 1986, aucune revue d'obstétrique n'a fait mention de la transmission du VIH par l'IA et aucun article ne contenait de résumé des risques de maladie liés à l'IA.

Il ressort de la preuve qu'au cours de la période 1984 et 1985, le champ des connaissances sur le VIH s'est agrandi rapidement, mais qu'au commencement, il était assez limité et déroutant. En général, on s'attendait à ce que les chercheurs et les fonctionnaires du domaine de la santé qui s'intéressaient au sida soient mieux au fait des découvertes relatives au VIH que les praticiens et le reste du corps médical. En 1984, la technique Elisa, développée aux États-Unis, a permis de détecter le VIH dans le sang et les tissus. Toutefois, au Canada, le 21 janvier 1985, il n'existait aucune méthode pour détecter le VIH dans le sperme ou le sang. La technique Elisa n'a pu être utilisée au Canada que plus tard durant 1985. Par conséquent, il était impossible de vérifier la présence du VIH dans le sperme des donneurs au moment où l'appellante a été infectée.

À cette époque, on pensait généralement que le VIH était une MTS, mais on espérait que l'IA non traumatique était sans danger. On croyait que les lésions minuscules causées par le coït étaient nécessaires pour que le virus pénètre dans le sang. Vers la fin de 1984, la possibilité de transmission du VIH par les relations hétérosexuelles était donc connue, mais l'IA n'était pas sérieusement associée à un risque d'infection.

Certains experts ont témoigné qu'il était possible d'établir une analogie entre l'hépatite B et le VIH car tous les deux étaient des MTS. Ce n'est que vers la fin de 1986 que l'on a reconnu que l'hépatite B pouvait être transmise par l'IA et tous s'entendaient pour dire qu'aucune publication n'a fait état de transmission de l'hépatite B par l'IA avant l'automne 1987.

8

9

10

11 In mid-1984, four babies in Australia were found to have acquired AIDS by blood transfusions. Since it was known that the Elisa test would eventually be available for clinical use, this led to a ministerial decree to impose a moratorium on all body fluid and tissue transfers. As a result, all AI clinics were closed at this time, although this was not supported by the whole medical profession in Australia. This event was not widely publicized in North America and the respondent, as well as the general medical community in North America, were unaware of the closures in Australia until later in 1985. Apparently, there was little exchange of medical information on the subject of HIV between Australia and North America. In September 1985, an article in the British medical journal *Lancet* revealed that four Australian women had contracted HIV from AI. When the respondent learned of this he immediately discontinued his AI program and recommended that his donors and the appellant be tested.

12 The American Fertility Society published guidelines for the use of semen donor insemination for the first time in 1986 and these guidelines were revised in 1988. The new guidelines recommended the use of frozen semen only, which is stored for at least six months. Blood samples for HIV antibodies are taken at the time of semen donation and six months later. The semen is only to be used if both samples are HIV negative. These guidelines were not published by the American Center for Disease Control until February 1988. The respondent did not start testing for Hepatitis B until sometime in 1987-88, when the guidelines were issued.

13 Although the respondent knew that HIV could be transmitted by heterosexual sex, as well as through blood transfusions, he was not aware that HIV could be transmitted by AI until July 1985, when he heard about the experience in Australia. None of the medical publications he read prior to

Au milieu de 1984, on a découvert en Australie que quatre bébés avaient contracté le sida par transfusion sanguine. Comme on savait que, tôt ou tard, il serait possible d'employer la technique Elisa à des fins cliniques, un décret ministériel a été pris, imposant un moratoire à l'égard de tout transfert de fluides et de tissus corporels. En conséquence, toutes les cliniques d'IA ont été fermées, bien que cette décision n'ait pas reçu l'appui unanime du corps médical australien. Les médias nord-américains n'ont pas donné beaucoup de publicité à ce fait et l'intimé, comme l'ensemble du corps médical nord-américain, n'a appris cette fermeture que plus tard en 1985. Apparemment, les échanges de renseignements médicaux concernant le VIH entre l'Australie et l'Amérique du Nord étaient peu nombreux. En septembre 1985, un article paru dans la revue médicale britannique *Lancet* a révélé que quatre Australiennes avaient été infectées par le VIH après une IA. Quand l'intimé a appris cette nouvelle, il a immédiatement interrompu son programme d'IA et a recommandé à ses donneurs et à l'appelante de se soumettre à des analyses.

L'American Fertility Society a publié pour la première fois en 1986 des directives relatives à l'insémination avec du sperme de donneur et ces directives ont été révisées en 1988. Les nouvelles directives recommandaient l'utilisation de sperme congelé seulement, qui est entreposé au moins six mois. Des prises de sang sont faites pour la détection des anticorps anti-VIH au moment du don de sperme et six mois plus tard. Le sperme ne doit être utilisé que si les deux échantillons sont séronégatifs. Ces directives n'ont été publiées par l'American Center for Disease Control qu'en février 1988. L'intimé n'a commencé à faire des analyses pour détecter l'hépatite B qu'au cours de 1987 et 1988, au moment où les directives ont été publiées.

Bien que l'intimé ait su que le VIH pouvait être transmis par les rapports hétérosexuels ou par les transfusions sanguines, il n'a appris que le VIH pouvait être communiqué par l'IA qu'en juillet 1985, lorsqu'il a été mis au fait de l'expérience australienne. Aucune des publications médicales

January 1985 nor any of the medical meetings he attended suggested that there was a risk of contracting HIV through AI. The respondent did not read Dr. Mascola's letter which appeared in the *New England Journal of Medicine*. He did not make any connection between the fact HIV was an STD and the possibility that it could be passed on through AI since there was nothing recorded to this effect.

There was expert evidence that the respondent's AI practice was in keeping with general practices across Canada. Specifically, his AI practice of recruitment and screening of donors and semen accorded with standard practice across Canada. The respondent used only fresh semen prior to January 1985. He personally interviewed all his donors instead of using a questionnaire. In the interview, the respondent obtained a complete medical history of the prospective donor including whether the donor was heterosexual or homosexual. The respondent rejected homosexuals because he considered that they had practices that could potentially transmit certain diseases to recipients. The respondent also inquired into the levels of sexual activity since active donors were more likely to be exposed to STDs.

The respondent also conducted a general physical examination. He tested for gonorrhoea, syphilis and other bacteria and conducted blood and semen tests for Rh blood factor. Other than on a random basis, there was no repeat testing of semen nor re-interviewing of donors. Of the 28 active donors used by the respondent in his AI practice, only the donor whose semen was administered to the appellant was infected by HIV. That donor had been asked whether he was heterosexual or homosexual and he replied that he was heterosexual. After the donor tested HIV positive, he told the respondent that he was bisexual.

At trial, the trial judge instructed the jury that it was open to find the respondent negligent on the basis that he failed to comply with the standard medical practice at that time. Alternatively, the

qu'il a lues avant janvier 1985 et aucune des conférences médicales auxquelles il a assisté ne laisseraient supposer que l'IA comportait un risque de transmission du VIH. L'intimé n'a pas lu la lettre du Dr Mascola publiée dans le *New England Journal of Medicine*. Il n'a pas établi de rapport entre le fait que le VIH était une MTS et la possibilité qu'il soit communiqué par l'IA, puisque cela n'était attesté nulle part.

Selon les témoignages d'experts, l'intimé s'est conformé aux usages canadiens en matière d'IA. Plus précisément, sa méthode pour recruter et sélectionner les donneurs et le sperme était conforme à la pratique courante. L'intimé n'utilisait que du sperme à l'état frais avant janvier 1985. Il avait une entrevue avec tous les donneurs au lieu d'employer un questionnaire. Au cours de l'entrevue, il se renseignait sur tous les antécédents médicaux du donneur éventuel, y compris sur son orientation sexuelle. L'intimé refusait les homosexuels parce qu'il estimait qu'ils risquaient, en raison de leurs pratiques sexuelles, de transmettre certaines maladies aux receveuses. L'intimé les interrogeait aussi sur leur degré d'activité sexuelle car les donneurs actifs étaient plus susceptibles de contracter des MTS.

L'intimé faisait aussi un examen médical général. Il faisait des analyses en vue de détecter la blennorragie, la syphilis et d'autres bactéries, ainsi que des analyses de sang et de sperme pour établir le facteur Rh. Sauf pour les échantillons prélevés au hasard, les donneurs n'étaient pas soumis à d'autres analyses de sperme ni convoqués à une nouvelle entrevue. Parmi les 28 donneurs actifs auxquels l'intimé a eu recours, seul le donneur dont le sperme a été administré à l'appelante était infecté par le VIH. Lorsqu'on lui a demandé s'il était hétérosexuel ou homosexuel, il a répondu qu'il était hétérosexuel. Après que l'intimé l'a informé qu'il était séropositif, il a dit qu'il était bisexuel.

Au procès, le juge de première instance a informé le jury qu'il pouvait conclure à la négligence de l'intimé parce que celui-ci avait omis de respecter la pratique courante à l'époque. Subs-

14

15

16

trial judge stated that the jury could find that the approved practice itself was negligent.

17 With respect to the sale of goods issue, the trial judge instructed the jury to first determine whether the contract between the parties was primarily one for goods or primarily for services. If it was primarily for goods, then the *Sale of Goods Act* applied. However, the jury held that the contract was primarily one for services and therefore the Act did not apply. The trial judge also instructed the jury that aside from the Act, they had to consider whether there was a warranty at common law. However, in this context, the trial judge stated that any common law warranty would simply amount to the same thing as negligence. In other words, under the common law warranty in a contract for medical services, the respondent undertakes to meet the standards of a reasonably competent person practising in his field. The doctor does not warrant that the services will be effective.

18 In the result, the jury found the respondent negligent. However, it is unknown on what basis the jurors reached their decision. The damages awarded by the jury totalled \$883,800, including \$460,000 for non-pecuniary damages. On appeal, however, the verdict of the jury was set aside and the Court of Appeal ordered a new trial on the issue of liability as well as damages: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65.

II. Relevant Statutory Provisions

Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370:

17. Where there is a contract for the sale of goods by description, there is an implied condition that the goods shall correspond with the description. If the sale be by sample, as well as by description, it is not sufficient that the bulk of the goods correspond with the sample if the goods do not also correspond with the description.

18. Subject to this Act and any statute in that behalf, there is no implied warranty or condition as to the qual-

diairement, il pouvait conclure que cette pratique constituait en soi de la négligence.

Quant à la question de la vente d'objets, le juge de première instance a informé le jury qu'il devait d'abord décider si le contrat entre les parties était avant tout un contrat de vente ou un contrat de services. S'il s'agissait principalement d'un contrat de vente, alors la *Sale of Goods Act* s'appliquait. Toutefois, le jury a conclu que c'était principalement un contrat de services et, en conséquence, la Loi ne s'appliquait pas. Le juge de première instance a également informé le jury que, en plus d'examiner la Loi, il devait se demander s'il existait une garantie en common law. Toutefois, il a dit que, dans ce contexte, la garantie qui serait applicable en common law équivaldrait simplement à la négligence. Autrement dit, la garantie de common law dans un contrat de services médicaux signifie que l'intimé s'engage à satisfaire aux normes qui régissent l'activité d'une personne raisonnablement compétente dans sa sphère professionnelle. Le médecin ne garantit pas le résultat.

En conséquence, le jury a conclu à la négligence de l'intimé. Toutefois, on ignore sur quoi les jurés ont fondé leur décision. Les dommages-intérêts accordés par le jury atteignent 883 800 \$, dont 460 000 \$ en dommages-intérêts non pécuniaires. En appel le verdict du jury a cependant été annulé et la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la question de la responsabilité et sur les dommages-intérêts: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370:

[TRADUCTION]

17. Le contrat de vente d'objets sur description contient la condition implicite que les objets correspondent à la description. Lorsque la vente est à la fois sur échantillon et sur description, il ne suffit pas que la masse des objets corresponde à l'échantillon si les objets ne correspondent pas à la description.

18. Sous réserve des lois pertinentes, il n'existe pas de garantie ou de condition implicite quant à la qualité

ity or fitness for any particular purpose of goods supplied under a contract of sale, except as follows:

- (a) where the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller the particular purpose for which the goods are required, so as to show that the buyer relies on the seller's skill or judgment, and the goods are of a description which it is in the course of the seller's business to supply, whether he is the manufacturer or not, there is an implied condition that the goods are reasonably fit for such purpose; except that in the case of a contract for the sale of a specified article under its patent or other trade name, there is no implied condition as to its fitness for any particular purpose;
- (b) where goods are bought by description from a seller who deals in goods of that description, whether he is the manufacturer or not, there is an implied condition that the goods shall be of merchantable quality; but if the buyer has examined the goods there is no implied condition as regards defects which such examination ought to have revealed;
- (c) an implied warranty or condition as to quality or fitness for a particular purpose may be annexed by the usage of trade; and
- (d) an express warranty or condition does not negative a warranty or condition implied by this Act unless inconsistent with it.

III. Judgment of Court of Appeal (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39

After a review of the evidence, including an exhaustive review of the evidence of standard practice, the court noted that the law was well established that "physicians are required to conduct themselves at least in accordance with the standard of their professional peers, but they are not expected to guarantee the success of their procedures or the perfect safety of their patients" (p. 61).

With respect to the negligence claim, the Court of Appeal distinguished between two aspects of the defendant's practice:

ou à l'adaptation à un usage particulier des objets fournis en vertu d'un contrat de vente, sauf dans les cas suivants:

- a) il y a une condition implicite que les objets sont raisonnablement adaptés à l'usage particulier que l'acheteur fait connaître expressément ou implicitement au vendeur, en montrant qu'il s'en remet à la compétence ou au jugement de celui-ci, lorsque les objets correspondent à la description de ceux que le vendeur fournit dans le cours de son commerce, qu'il en soit ou non le fabricant. Il n'y a pas de condition implicite relative à l'adaptation à un usage particulier d'un article déterminé sous son brevet ou sous une autre appellation commerciale;
- b) il y a une condition implicite que les objets achetés sur description sont de qualité marchande si le vendeur fait le commerce d'objets de cette description (qu'il en soit ou non le fabricant). Si l'acheteur a examiné les objets, il n'y a pas de condition implicite relative aux vices que l'examen aurait dû révéler;
- c) une garantie ou condition implicite relative à la qualité des objets ou à leur adaptation à un usage particulier peut être incorporée au contrat par renvoi aux usages du commerce;
- d) une garantie ou condition expresse n'invalide une garantie ou une condition découlant implicitement de la présente loi que si elles sont incompatibles.

III. L'arrêt de la Cour d'appel (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39

Après avoir étudié la preuve, et notamment après avoir étudié à fond la preuve concernant la pratique courante, la cour a fait observer qu'il était bien établi en droit que [TRADUCTION] «les médecins sont tenus de se conformer au moins à la norme professionnelle suivie par leurs pairs, mais qu'ils ne sont pas censés garantir le succès du traitement ni la sécurité absolue de leurs patients» (p. 61).

Quant à la prétention selon laquelle il y a eu négligence, la Cour d'appel a fait une distinction entre deux aspects de la pratique suivie par l'intimé:

- (1) the conduct of the AI procedure which reflected the current state of knowledge as to the risk of transmission of HIV involved in the use of that procedure;
- (2) the screening and follow-up of donors.

- (1) la façon de pratiquer l'IA conformément aux données acquises de la science quant au risque de transmission du VIH par cet acte médical;
- (2) la sélection et le suivi des donneurs.

21 With respect to the first aspect of the case, the court stated (at p. 67):

En ce qui a trait au premier aspect de l'affaire, la cour dit, à la p. 67:

Thus, it is apparent that for the Defendant to be found liable on this part of the case, it would be necessary for the jury to be satisfied that the Defendant failed to have the knowledge and understanding expected in accordance with the standards of his profession. That, of course, was a question for the jury, and it was essential that the jury be carefully instructed upon the standard they should apply in deciding whether the Defendant was guilty of negligence. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Ainsi, il est évident que, pour conclure que le défendeur est responsable sous ce rapport, le jury devrait être persuadé qu'il ne possédait pas les connaissances et le discernement qu'il était censé posséder suivant les normes de sa profession. C'était bien sûr au jury qu'il appartenait de trancher cette question et il était essentiel que des directives minutieuses lui soient données quant à la norme qu'il devait appliquer pour décider si le défendeur s'était rendu coupable de négligence. [Je souligne.]

22 The court doubted that it could reasonably be found that the defendant was negligent in using fresh semen. It found, however, that the instructions to the jury were deficient in that the trial judge instructed the jury that it was open for them to find the general practice itself was negligent. In this regard, the court stated (at p. 73):

La cour doutait qu'il soit raisonnable de conclure que le défendeur avait été négligent en utilisant du sperme à l'état frais. Elle a cependant conclu que les directives du juge de première instance étaient erronées en ce sens qu'il a informé le jury qu'il pouvait conclure que la pratique générale constituait en soi de la négligence. À cet égard, la cour déclare, à la p. 73:

The only proper instruction to be given on at least a part of the case was that the jury should decide whether the Defendant conducted himself as a reasonable physician would in similar circumstances. In our judgment, that required the jury to confine itself to prevailing standards of practice.

[TRADUCTION] La seule directive convenable, du moins quant à un aspect de la cause, était que le jury devait décider si le défendeur avait agi comme l'aurait fait un médecin raisonnable dans une situation semblable. À notre sens, le jury devait pour ce faire s'en tenir à la pratique courante.

The Court of Appeal also stated (at p. 74):

Elle ajoute, à la p. 74:

It was not possible on the evidence for the jury to find that it was negligent of the Defendant not to have known of the risk of HIV by AI and that he should have ceased performing AI. That was the principal argument of the Plaintiff and it may be the ground upon which the jury based its finding of negligence. If that is the case the verdict cannot stand.

[TRADUCTION] La preuve ne permettait pas au jury de conclure que le fait que le défendeur ignorait que le VIH pouvait être transmis par l'IA constituait de la négligence et qu'il aurait dû cesser de pratiquer l'IA. C'était le principal argument de la demanderesse et c'est peut-être le motif sur lequel le jury s'est fondé pour conclure à la négligence. Si c'est le cas, le verdict doit être annulé.

23 With respect to the second aspect of the defendant's practice relating to the screening and follow-up of donors, the Court of Appeal stated (at p. 69):

En ce qui concerne le second aspect de la pratique suivie par le défendeur, soit la sélection et le suivi des donneurs, la Cour d'appel dit, à la p. 69:

What is more significant is that the Defendant made specific enquiries about homosexuality, not out of concern about HIV or AIDS, but because he regarded such persons as higher risks for the more common STDs. As a result of his initial enquiry, he felt confident in assuring the Plaintiff that her donor was not a homosexual person. A follow-up interview, or closer questioning, may or may not have disclosed that the donor was bisexual.

Keeping in mind that infection in a donor could be a “day-to-day” thing as described by Dr. Mascola, and that lifestyle changes can occur quickly, it was necessary for the jury to consider whether the Defendant’s screening procedures were deficient. Again, of course, it was essential that the jury be given a proper instruction on the principles governing such matters. [Emphasis added.]

With respect to the instructions on this aspect, the Court of Appeal stated (at p. 73):

On the other part of the case, relating to the screening of donors, and follow-up interviews, the case is not so clear because less scientific questions are involved. In addition, we have identified some overlap between the two parts of the case. Screening homosexual persons out of an AI program because of their believed greater risk of infection was recognized by the Defendant as a desirable aim. The elimination of this particular donor for any reason would have protected the Plaintiff from HIV. It must be remembered, however, that it was impossible to guarantee safety because an inaccurate answer or a changed lifestyle after one or more follow-up interviews could have left the Plaintiff exposed to infection. There is no evidence suggesting that donors should be interviewed by the responsible physician before every donation.

On the other hand, if the jury found that the Defendant breached this duty of care to the Plaintiff then she may have an actionable claim against the Defendant because a defendant cannot always escape liability even though he does not foresee all the specific harm his patient may suffer from such a breach.

The court concluded that it was impossible to determine whether the jury found the respondent

[TRADUCTION] Ce qui est plus important c’est que le défendeur posait des questions au sujet de l’homosexualité, non pas parce qu’il craignait le VIH ou le sida, mais parce qu’il pensait que ces personnes risquaient davantage d’être porteurs de MTS plus courantes. Ayant fait cette première entrevue, il était sûr de lui quand il a assuré à la demanderesse que le donneur n’était pas homosexuel. Une entrevue de contrôle ou des questions plus précises auraient peut-être pu lui permettre de découvrir que le donneur était bisexuel.

Si l’on se rappelle qu’un donneur peut être infecté du jour au lendemain, comme le dit le D^r Mascola, et que les changements de style de vie peuvent s’opérer rapidement, le jury devait nécessairement se demander si le procédé de sélection du défendeur était inadéquat. Encore une fois, il était essentiel, bien sûr, que des directives convenables soient données au jury sur les principes applicables en la matière. [Je souligne.]

Quant aux directives sur cet aspect, la Cour d’appel s’exprime ainsi, à la p. 73:

[TRADUCTION] Sur l’autre aspect de la cause, savoir la sélection des donneurs et les entrevues de contrôle, la solution n’est pas aussi évidente parce que des questions à caractère moins scientifique se posent. De plus, nous avons observé un certain chevauchement des deux aspects de la cause. Le défendeur a jugé préférable de faire une sélection en vue d’écarter les homosexuels de son programme d’IA, parce qu’il croyait que le risque d’infection était plus élevé dans leur cas. S’il avait écarté le donneur en question pour quelque raison que ce soit, la demanderesse aurait été protégée contre le VIH. Il ne faut toutefois pas oublier qu’il était impossible de garantir la sécurité, parce qu’une réponse inexacte ou un changement de style de vie après une ou plusieurs entrevues de contrôle aurait pu faire courir à la demanderesse un risque d’infection. Aucun témoignage ne donne à penser que le médecin responsable devrait avoir une entrevue avec le donneur avant chaque don.

En revanche, si le jury a conclu que le défendeur a manqué à son devoir de prudence envers la demanderesse, alors elle peut avoir un droit d’action contre le défendeur, parce que celui-ci ne peut pas toujours se soustraire à la responsabilité, même s’il ne prévoit pas tous les dommages précis que sa patiente peut subir à cause de ce manquement.

La cour a statué qu’il était impossible de déterminer si le jury avait conclu à la négligence de

negligent on the first or second aspects of the defendant's practice. On the evidence, it was not available to the jury to find that the respondent ought to have known of the risk of HIV by AI. However, the trial judge charged the jury in this manner and it may have been the basis upon which the jury found negligence. Therefore, the verdict could not stand. A new trial was ordered on the issues other than those based on the first aspect of the case.

l'intimé sous le premier ou sous le second aspect de la pratique qu'il suivait. Le jury ne pouvait se fonder sur les témoignages pour conclure que l'intimé aurait dû connaître le risque de communication du VIH par l'IA. Toutefois, c'est ce que le juge de première instance a dit au jury dans ses directives et c'est peut-être là-dessus que celui-ci s'est fondé pour conclure à la négligence. En conséquence, le verdict devait être annulé. La tenue d'un nouveau procès a été ordonnée sur les questions qui ne se rattachent pas au premier aspect de la cause.

26 With respect to the sale of goods issue, the court assumed without deciding that there was a sale of semen. The trial judge instructed the jury to decide whether the contract between the parties was primarily for the sale of a good or whether it was a contract for services. Since the jury decided that it was not a sale of goods, the *Sale of Goods Act* did not apply. The court held that there was evidence upon which a jury could conclude that the arrangement was primarily one for professional services.

Pour ce qui est de la question de la vente d'objets, la cour a supposé, sous toutes réserves, qu'il y avait eu vente de sperme. Le juge de première instance a informé le jury qu'il devait décider si le contrat entre les parties était principalement un contrat de vente d'objets ou un contrat de services. Comme le jury a décidé qu'il ne portait pas sur la vente d'objets, la *Sale of Goods Act* ne s'appliquait pas. La cour a conclu que la preuve aurait permis au jury de conclure que le contrat avait pour objet principal la fourniture de services professionnels.

27 However, that did not resolve the issue of whether there should be an implied warranty at common law for the provision of medical services which included a good. The jury did not decide this issue because the trial judge instructed the jury that the warranty essentially amounted to the same thing as negligence. The court did not wish to go as far as to say that a physician would only be liable in warranty at common law if there was negligence in failing to detect or remove a defect in the good. Instead, the court was of the view that this was not a proper case for the implication of a warranty. In its opinion, it is a question of fact in each case whether the circumstances are sufficient to exclude common law warranties. It therefore dismissed this claim.

Toutefois, il restait à décider s'il existait en common law une garantie implicite en cas de prestation de services médicaux accompagnée de la fourniture d'un objet. Le jury n'a pas tranché cette question, parce que le juge de première instance l'a informé que la garantie équivalait essentiellement à de la négligence. La cour n'a pas voulu aller jusqu'à dire qu'un médecin n'engagerait sa responsabilité en application d'une garantie reconnue en common law que s'il faisait preuve de négligence en omettant de détecter ou de corriger un défaut de l'objet. Elle a plutôt émis l'avis qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce d'appliquer une garantie implicite. À son avis, la question de savoir si les circonstances suffisent à exclure les garanties de common law est une question de fait. Elle a donc rejeté cette prétention.

28 The court next considered the respondent's argument that the award of \$460,000 for non-pecuniary damages, in excess of the rough upper limit prescribed by the Supreme Court of Canada, was inordinately high. It held that it was reasonable for the trial judge not to have instructed the jury on a

La cour a examiné ensuite l'argument de l'intimé que la somme de 460 000 \$ accordée en dommages-intérêts pour les pertes non pécuniaires, qui excède le plafond approximatif fixé par la Cour suprême du Canada, était démesurément élevée. Elle a conclu qu'il était raisonnable que le juge de

rough upper limit when neither counsel had asked for such a charge. However, this did not mean that the appellant's damages should not be properly assessed in light of the jurisprudence. Relying on *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629, the court concluded (at p. 87):

While recognizing that the [appellant's] injuries are markedly different in kind from those under consideration in the trilogy, we cannot conclude that the principle adopted by the Supreme Court of Canada, aimed at controlling the social burden of damage awards, should not be applied in this case. It follows, in our view, that the [appellant's] non-pecuniary damages cannot exceed the adjusted rough upper limit.

It was held that, although the trial judge did not err in his instruction to the jury, if the damages exceed the rough upper limit, the Court of Appeal must correct the award in conformity with the governing principles. Since there was to be a new trial on liability, the court was of the view that there should also be a new trial ordered on the question of damages generally.

IV. Issues

1. Did the Court of Appeal err in holding that the trial judge ought not to have charged the jury that, even if the respondent conformed to standard medical practice, it was open to the jury to find that the prevailing medical practice with respect to the AI procedure was negligent?
2. Did the Court of Appeal err in rejecting the appellant's claim based on a warranty under the *Sale of Goods Act*?
3. Did the Court of Appeal err in holding that a warranty of quality or fitness should not be implied under the common law, in the circumstances of this case?
4. Did the Court of Appeal err in holding that the rough upper limit on non-pecuniary damages applies in the present case?

première instance ne donne pas de directive au jury relativement à ce plafond puisque aucun des deux avocats ne lui avait demandé de lui en donner. Toutefois, cela ne signifiait pas qu'il n'y avait pas lieu d'évaluer le préjudice subi par l'appelante en tenant compte de la jurisprudence. S'appuyant sur l'arrêt *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629, la cour a conclu, à la p. 87:

[TRADUCTION] Tout en reconnaissant que le préjudice corporel de [l'appelante] est de nature sensiblement différente de celle du préjudice en cause dans la trilogie, nous ne pouvons pas conclure qu'il n'y a pas lieu d'appliquer en l'espèce le principe adopté par la Cour suprême du Canada en vue de limiter le fardeau social que représentent les dommages-intérêts accordés. Il s'ensuit, à notre avis, que les dommages-intérêts non pécuniaires accordés à [l'appelante] ne peuvent pas dépasser le plafond approximatif ajusté.

La cour a décidé que, bien que le juge de première instance n'ait pas donné de directive erronée au jury, si les dommages-intérêts excèdent le plafond approximatif, elle devait ajuster le montant selon les principes applicables. Puisque la responsabilité devait faire l'objet d'un nouveau procès, la cour a estimé qu'il convenait d'ordonner en outre la tenue d'un nouveau procès à l'égard de la question des dommages-intérêts en général.

IV. Questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que le juge de première instance n'aurait pas dû informer le jury que, même si l'intimé avait observé la pratique courante, le jury pouvait conclure que cette pratique en matière d'IA constituait de la négligence?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant la prétention de l'appelante fondée sur une garantie prévue dans la *Sale of Goods Act*?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant qu'étant donné les circonstances de l'espèce, aucune garantie implicite de qualité ou d'adaptation à un usage particulier, reconnue en common law, n'était applicable?
4. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que le plafond approximatif des dommages-intérêts non pécuniaires s'appliquait en l'espèce?

5. If the rough upper limit of non-pecuniary damages applies in the present case, must the jury be instructed accordingly or should it be left to the Court of Appeal to adjust a jury award which exceeds the limit?

V. Analysis

A. *Professional Negligence*

30 I agree with the Court of Appeal that there are two aspects to the claim of professional negligence:

- (1) breach of duty arising from the failure to be aware of the risk of HIV infection through the use of AI; and
- (2) breach of duty with respect to the screening and follow-up of donors.

31 The alleged departures from the applicable standard of care were:

- (1) in respect of the first aspect, failure to discontinue the practice of AI or, in the alternative, to warn the patients of the risk;
- (2) in respect of the second aspect, the failure to adequately screen donors so as to eliminate those in a high risk category with relation to the transmission of STDs and to re-interview donors periodically to detect changes in lifestyle. There is also the claim that frozen semen rather than fresh semen should have been used.

32 In order to properly address the issues relating to professional negligence, it is useful to consider what were the matters which the jury was obliged to decide. In each aspect of the claim the jury was bound to consider whether the evidence established that a standard of practice existed. If the answer was in the affirmative, the next question was whether the defendant conformed to that practice. An affirmative answer to this question would result in a finding of no negligence in favour of the respondent unless the jury was entitled to consider and hold that the standard practice was itself below

5. Si le plafond approximatif des dommages-intérêts non pécuniaires s'applique en l'espèce, faut-il donner une directive au jury sur ce point ou laisser à la Cour d'appel le soin d'ajuster le montant accordé par le jury s'il dépasse le plafond?

V. Analyse

A. *La négligence professionnelle*

Je suis d'avis, comme la Cour d'appel, que la prétention relative à la négligence professionnelle comporte deux aspects:

- (1) le manquement à une obligation découlant de l'ignorance du risque de transmission du VIH par l'IA;
- (2) le manquement à une obligation en ce qui concerne la sélection et le suivi des donneurs.

Les dérogations à la norme de prudence applicable auraient été les suivantes:

- (1) quant au premier aspect, le fait de ne pas avoir cessé de pratiquer l'IA ou, subsidiairement, de ne pas avoir prévenu les patientes du risque;
- (2) quant au second aspect, le fait de ne pas avoir fait une sélection adéquate des donneurs de façon à écarter ceux qui appartenaient à une catégorie à risque élevé relativement à la transmission des MTS et le fait de ne pas avoir convoqué périodiquement les donneurs à une entrevue de façon à détecter les changements de style de vie. Il est allégué en outre qu'il aurait fallu utiliser du sperme congelé au lieu de sperme à l'état frais.

Pour analyser correctement les questions de négligence professionnelle, il est utile de prendre en considération les points sur lesquels le jury était tenu de se prononcer. À l'égard de chacun des aspects de l'affaire, le jury devait décider si la preuve montrait l'existence d'une pratique courante. Dans l'affirmative, il devait ensuite se demander si le défendeur s'y était conformé. Si c'était le cas, il devait conclure que l'intimé n'avait pas été négligent, sauf si le jury était habilité à déterminer que la pratique courante en soi dérogeait à la norme juridique admise et que toute

the required legal standard and that conduct below that standard constituted negligence. Similarly, if the jury found that no standard practice was established by the evidence, the appellant would have failed to prove her case unless the jury was entitled to fix the standard without the necessity of expert evidence. Finally, if the respondent failed to comply with the standard of care established by the evidence or by the jury, in the absence of or insufficiency of evidence, then the respondent would be found to be negligent.

(1) Standard of Care and Evidence of Standard Practice

It is well settled that physicians have a duty to conduct their practice in accordance with the conduct of a prudent and diligent doctor in the same circumstances. In the case of a specialist, such as a gynaecologist and obstetrician, the doctor's behaviour must be assessed in light of the conduct of other ordinary specialists, who possess a reasonable level of knowledge, competence and skill expected of professionals in Canada, in that field. A specialist, such as the respondent, who holds himself out as possessing a special degree of skill and knowledge, must exercise the degree of skill of an average specialist in his field: see *Wilson v. Swanson*, [1956] S.C.R. 804, at p. 817, *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at p. 361, and *McCormick v. Marcotte*, [1972] S.C.R. 18.

It is also particularly important to emphasize, in the context of this case, that the conduct of physicians must be judged in the light of the knowledge that ought to have been reasonably possessed at the time of the alleged act of negligence. As Denning L.J. eloquently stated in *Roe v. Ministry of Health*, [1954] 2 All E.R. 131 (C.A.), at p. 137, "[w]e must not look at the 1947 accident with 1954 spectacles". That is, courts must not, with the benefit of hindsight, judge too harshly doctors who act in accordance with prevailing standards of professional knowledge. This point was also emphasized by this Court in *Lapointe*, *supra*, at pp. 362-63:

conduite non conforme à cette norme constituait de la négligence. De la même façon, si le jury avait conclu que la preuve ne montrait pas l'existence d'une pratique courante, l'appelante n'aurait pas établi le bien-fondé de sa prétention, sauf si le jury était habilité à fixer la norme applicable sans l'aide d'experts. Enfin, si l'intimé avait dérogé à la norme de prudence établie par la preuve — ou fixée par le jury, en l'absence de preuve ou en cas d'insuffisance de la preuve —, il devait être taxé de négligence.

(1) Norme de prudence et preuve de la pratique courante

Il est bien établi que tout médecin doit exercer son activité comme un médecin prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Dans le cas d'un spécialiste, tel qu'un obstétricien gynécologue, il faut évaluer la conduite du médecin par rapport à celle des autres spécialistes qui possèdent le degré raisonnable de science, de compétence et d'habileté auquel on s'attend des professionnels au Canada dans cette spécialité. Un spécialiste, comme l'intimé, qui prétend avoir un certain degré d'habileté et de science doit faire preuve de l'habileté du spécialiste moyen dans son domaine: voir les arrêts *Wilson c. Swanson*, [1956] R.C.S. 804, à la p. 817, *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, à la p. 361, et *McCormick c. Marcotte*, [1972] R.C.S. 18.

Il est en outre particulièrement important de souligner, dans le présent contexte, que la conduite des médecins doit être appréciée en fonction des connaissances qu'ils auraient raisonnablement dû posséder à l'époque de la négligence alléguée. Comme le dit éloquentement lord Denning dans l'arrêt *Roe c. Ministry of Health*, [1954] 2 All E.R. 131 (C.A.), à la p. 137, [TRADUCTION] «[n]ous ne devons pas analyser l'accident de 1947 sous l'éclairage de 1954». C'est-à-dire que les tribunaux ne doivent pas, avec l'avantage du recul, juger trop sévèrement les médecins qui agissent conformément aux normes courantes de compétence professionnelle. Notre Cour insiste sur ce point dans l'arrêt *Lapointe*, précité, aux pp. 362 et 363:

33

34

... courts should be careful not to rely upon the perfect vision afforded by hindsight. In order to evaluate a particular exercise of judgment fairly, the doctor's limited ability to foresee future events when determining a course of conduct must be borne in mind. Otherwise, the doctor will not be assessed according to the norms of the average doctor of reasonable ability in the same circumstances, but rather will be held accountable for mistakes that are apparent only after the fact.

No issue is taken with this proposition which was applied both in the trial judge's charge to the jury and by the Court of Appeal.

35

The Court of Appeal, after a thorough review of the evidence, held that it was not possible for a jury acting judicially to have found that, in 1985, the respondent ought to have known of the risk. This is a power to review a jury verdict which a court of appeal clearly possesses. See *Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead*, [1975] 2 S.C.R. 831. I agree with this finding and can find no basis upon which it can be questioned. Indeed my review of the evidence leads to the same conclusion. The evidence of standard practice on the first aspect of the case was based entirely on the state of knowledge required of the reasonable practitioner in 1985 and it would have been equally impossible for a jury acting judicially to have found that, given the state of knowledge, the reasonable practitioner ought to either have discontinued AI or warned the patients of the risk. It having been admitted that the respondent continued AI and did not warn his patients, there was no issue concerning his conformity with the standard practice.

36

The appellant, therefore, can only support a favourable finding on this aspect of the case on the basis that the jury was entitled to find that the standard established by the evidence itself departed from that of a prudent and diligent physician and that the respondent, in failing to conform with a higher standard, was guilty of negligence. This raises the issue as to the correctness of the trial judge's charge to the jury to the effect that the jury was so entitled.

... les tribunaux doivent prendre garde de ne pas se fier à la vision parfaite que permet le recul. Pour évaluer équitablement un exercice particulier du jugement, il faut tenir compte de la possibilité limitée du médecin, lorsqu'il décide de la conduite à suivre, de prévoir le déroulement des événements. Sinon, le médecin ne sera pas évalué selon les normes d'un médecin de compétence raisonnable placé dans les mêmes circonstances, mais il sera plutôt tenu responsable d'erreurs qui ne sont devenues évidentes qu'après le fait.

Nul ne conteste cette proposition qu'ont appliquée tant le juge de première instance dans son exposé au jury que la Cour d'appel.

Après avoir étudié la preuve à fond, la Cour d'appel a conclu qu'un jury agissant de manière judiciaire ne pouvait pas conclure que, en 1985, l'intimé aurait dû connaître le risque. De toute évidence, une cour d'appel a le pouvoir de réviser le verdict du jury en pareil cas. Voir *Vancouver-Fraser Park District c. Olmstead*, [1975] 2 R.C.S. 831. Je souscris à cette conclusion et ne vois aucune raison de la mettre en doute. En effet, j'en arrive à la même conclusion après examen de la preuve. Pour ce qui est du premier aspect de la cause, la preuve relative à la pratique courante reposait entièrement sur le degré de science exigé du praticien raisonnable en 1985, et un jury agissant de manière judiciaire n'aurait pas pu conclure non plus que, étant donné l'état de la science, le praticien raisonnable aurait dû soit abandonner l'IA, soit prévenir les patientes du risque. Comme il a été admis que l'intimé a continué de pratiquer l'IA et n'a pas prévenu ses patientes, la question de sa conformité à la pratique courante ne se posait pas.

En conséquence, l'appelante ne peut avoir gain de cause sur cet aspect qu'en démontrant que le jury était en droit de conclure que la norme établie par la preuve, en soi, s'écartait de la norme du médecin prudent et diligent, et que l'intimé, en ne se conformant pas à une norme plus élevée, se rendait coupable de négligence. Il faut donc se demander si le juge de première instance a donné au jury des directives appropriées en lui disant qu'il pouvait tirer cette conclusion.

With respect to the second aspect of the claim in professional negligence, the Court of Appeal considered that a verdict for the appellant was open to the jury. It is, however, by no means clear that the evidence establishes a standard practice with respect to the screening and follow-up of donors. This was a matter for the jury to determine. If the jury found that the evidence fell short of establishing the existence of a standard practice, the question arises as to whether the jury could determine the applicable standard without the aid of expert evidence. This is a legal issue upon which the Court of Appeal did not pronounce but which is closely related to the issue raised by the trial judge's instruction referred to above.

It is generally accepted that when a doctor acts in accordance with a recognized and respectable practice of the profession, he or she will not be found to be negligent. This is because courts do not ordinarily have the expertise to tell professionals that they are not behaving appropriately in their field. In a sense, the medical profession as a whole is assumed to have adopted procedures which are in the best interests of patients and are not inherently negligent. As L'Heureux-Dubé J. stated in *Lapointe*, in the context of the Quebec *Civil Code* (at pp. 363-64):

Given the number of available methods of treatment from which medical professionals must at times choose, and the distinction between error and fault, a doctor will not be found liable if the diagnosis and treatment given to a patient correspond to those recognized by medical science at the time, even in the face of competing theories. As expressed more eloquently by André Nadeau in "La responsabilité médicale" (1946), 6 *R. du B.* 153, at p. 155:

[TRANSLATION] The courts do not have jurisdiction to settle scientific disputes or to choose among divergent opinions of physicians on certain subjects. They may only make a finding of fault where a violation of universally accepted rules of medicine has occurred. The courts should not involve themselves in controversial questions of assessment having to do with diagnosis or the treatment of preference. [Emphasis added.]

Quant au second aspect de la prétention selon laquelle il y a eu négligence professionnelle, la Cour d'appel a estimé que le jury pouvait rendre un verdict favorable à l'appelante. Il n'est cependant pas du tout évident que la preuve montre l'existence d'une pratique courante en matière de sélection et de suivi des donneurs. Cette question relevait du jury. Si le jury a conclu que la preuve ne montrait pas l'existence d'une telle pratique, il faut se demander s'il pouvait fixer la norme applicable sans l'aide d'experts. Il s'agit d'une question de droit sur laquelle la Cour d'appel ne s'est pas prononcée, mais qui se rattache de près à la question soulevée par les directives du juge de première instance déjà mentionnées.

Il est généralement admis que, lorsqu'un médecin suit une pratique reconnue et respectable de sa profession, il ne saurait être taxé de négligence. La raison en est que les tribunaux ne possèdent pas d'ordinaire les connaissances spécialisées qui leur permettraient de dire aux professionnels qu'ils dérogent à leurs devoirs. En un sens, le corps médical dans son ensemble est censé avoir adopté les méthodes qui sont les plus avantageuses pour les patients et qui ne sont pas négligentes en soi. Comme le fait remarquer le juge L'Heureux-Dubé dans *Lapointe*, aux pp. 363 et 364, dans le contexte du *Code civil* du Québec:

Compte tenu du nombre de méthodes de traitements possibles entre lesquels les professionnels de la santé doivent parfois choisir et de la distinction entre l'erreur et la faute, un médecin ne sera pas tenu responsable si le diagnostic et le traitement du malade correspondent à ceux reconnus par la science médicale à cette époque, même en présence de théories opposées. Comme l'exprime d'une façon plus éloquente André Nadeau dans «La responsabilité médicale» (1946), 6 *R. du B.* 153, à la p. 155:

Les tribunaux n'ont pas compétence pour trancher des différends scientifiques et partager les opinions divergentes des médecins sur certains sujets. Ils ne peuvent conclure à la faute que lorsqu'il y a violation des règles médicales admises par tous. Les cours n'ont rien à voir aux questions d'appréciation controversée du diagnostic ou de préférence à donner à tel ou tel traitement. [Je souligne.]

39 In *The Law of Torts* (7th ed. 1987), Professor Fleming observed the following with respect to the role of standard practice, at p. 109:

Conformity with general practice, on the other hand, usually dispels a charge of negligence. It tends to show what others in the same "business" considered sufficient, that the defendant could not have learnt how to avoid the accident by the example of others, that most probably no other practical precautions could have been taken, and that the impact of an adverse judgment (especially in cases involving industry or a profession) will be industry-wide and thus assume the function of a "test case". Finally, it underlines the need for caution against passing too cavalierly upon the conduct and decision of experts.

All the same, even a common practice may itself be condemned as negligent if fraught with obvious risks. [Emphasis added.]

40 With respect to the medical profession in particular, Professor Fleming noted, at p. 110:

Common practice plays its most conspicuous role in medical negligence actions. Conscious at once of the layman's ignorance of medical science and apprehensive of the impact of jury bias on a peculiarly vulnerable profession, courts have resorted to the safeguard of insisting that negligence in diagnosis and treatment (including disclosure of risks) cannot ordinarily be established without the aid of expert testimony or in the teeth of conformity with accepted medical practice. However there is no categorical rule. Thus an accepted practice is open to censure by a jury (nor expert testimony required) at any rate in matters not involving diagnostic or clinical skills, on which an ordinary person may presume to pass judgment sensibly, like omission to inform the patient of risks, failure to remove a sponge, an explosion set-off by an admixture of ether vapour and oxygen or injury to a patient's body outside the area of treatment. [Emphasis added. Footnotes omitted.]

41 It is evident from the foregoing passage that while conformity with common practice will gen-

Dans son ouvrage *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), le professeur Fleming fait observer ce qui suit, relativement au rôle de l'usage professionnel, à la p. 109:

[TRADUCTION] La *conformité* avec la pratique générale, en revanche, écarte habituellement l'accusation de négligence. Elle tend à montrer ce que d'autres exerçant la même activité estimaient suffisant, que le défendeur n'aurait pas pu apprendre comment éviter l'accident en suivant l'exemple des autres, que probablement aucune autre précaution pratique n'aurait pu être prise et que les répercussions d'un jugement défavorable (surtout en ce qui concerne une industrie ou une profession) se feront sentir dans tous les secteurs de l'industrie, créant ainsi un «précédent». Enfin, elle met en lumière la nécessité de prendre garde de ne pas exprimer trop cavalièrement un jugement sur la conduite et les décisions de spécialistes.

Par contre, même une pratique courante peut être taxée de négligence si elle comporte de nombreux risques évidents. [Je souligne.]

En ce qui concerne les médecins en particulier, le professeur Fleming fait remarquer, à la p. 110:

[TRADUCTION] La pratique courante joue un rôle manifeste dans les actions en responsabilité médicale. Tant parce qu'ils sont conscients de l'ignorance du profane sur le chapitre de la science médicale que parce qu'ils craignent les conséquences du parti pris des jurés sur une profession particulièrement vulnérable, les tribunaux ont insisté, à titre de sauvegarde, pour que la négligence dans le diagnostic et le traitement (y compris la communication des risques au patient) ne puisse normalement être établie sans l'aide du témoignage d'un expert ou en l'absence de dérogation à la pratique médicale admise. Toutefois, il n'y a pas de règle catégorique. Ainsi, une pratique admise peut être blâmée par un jury (ou la preuve d'expert peut ne pas être requise) de toute façon lorsqu'il s'agit non pas de diagnostic ou du savoir-faire du clinicien, mais de questions sur lesquelles le profane peut se permettre de prononcer un jugement judicieusement, comme l'omission d'informer le patient des risques, l'omission d'enlever une compresse, l'explosion provoquée par un mélange de vapeur d'éther et d'oxygène ou une blessure infligée au patient à l'extérieur de la région traitée. [Je souligne. Notes omises.]

Il appert de toute évidence du passage précité que, si la conformité à la pratique courante exonère

erally exonerate physicians of any complaint of negligence, there are certain situations where the standard practice itself may be found to be negligent. However, this will only be where the standard practice is "fraught with obvious risks" such that anyone is capable of finding it negligent, without the necessity of judging matters requiring diagnostic or clinical expertise.

In *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, this Court had the opportunity to address this issue in the context of the civil responsibility of a notary under the Quebec *Civil Code*. In that case, it was recognized that where a custom of a profession ignores the elementary dictates of caution, it is open to a court to find the professional person negligent. Thus, even if a doctor practises in accordance with common professional practice, he will be liable if that practice is wanting. As L'Heureux-Dubé J. stated at pp. 436-37:

This brief overview of both doctrine and jurisprudence indicates that courts have discretion to assess liability despite uncontradicted evidence of common professional practice at the relevant time. The standard, in regard to the particular facts of each case, must still be that of a reasonable professional in such circumstances.

It may very well be that the professional practice reflects prudent and diligent conduct. One would hope that if a certain practice has developed amongst professionals in regard to a particular professional act, such practice is in accordance with a prudent course of action. The fact that a professional has followed the practice of his or her peers may be strong evidence of reasonable and diligent conduct, but it is not determinative. If the practice is not in accordance with the general standards of liability, i.e., that one must act in a reasonable manner, then the professional who adheres to such a practice can be found liable, depending on the facts of each case. [Emphasis in original.]

The foregoing principles were also endorsed by this Court in *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456. Thus, it is apparent that conformity with standard practice in a profession does not necessarily

généralement le médecin de toute responsabilité pour négligence, il arrive parfois que cette pratique constitue en soi de la négligence. Toutefois, ce ne sera que dans les cas où la pratique comporte de «nombreux risques évidents», c'est-à-dire dans ceux où n'importe qui est à même de conclure qu'elle constitue de la négligence, sans avoir à se prononcer sur des questions exigeant un diagnostic ou des connaissances de clinicien.

Dans l'arrêt *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, notre Cour a eu l'occasion d'étudier cette question dans le contexte de la responsabilité civile du notaire sous le régime du *Code civil* du Québec. Dans cette affaire, il a été reconnu que, lorsqu'une pratique professionnelle contrevient aux règles élémentaires de prudence, le tribunal peut conclure à la négligence du professionnel. Ainsi, même si un médecin se conforme à la pratique professionnelle courante, il s'expose à une action en responsabilité s'il s'avère que cette pratique présente des déficiences. Comme le dit le juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 436 et 437:

Il ressort de cette brève revue de la doctrine et de la jurisprudence que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'apprécier la responsabilité, malgré l'existence d'une preuve non contredite quant à la pratique professionnelle courante à l'époque en question. La norme doit toujours être, compte tenu des faits particuliers de chaque espèce, celle du professionnel raisonnable placé dans les mêmes circonstances.

Il se peut fort bien que la pratique professionnelle soit le reflet d'une conduite prudente et diligente. On peut, en effet, espérer qu'une pratique qui s'est développée parmi les professionnels relativement à un acte professionnel donné témoigne d'une façon d'agir prudente. Le fait qu'un professionnel ait suivi la pratique de ses pairs peut constituer une forte preuve d'une conduite raisonnable et diligente, mais ce n'est pas déterminant. Si cette pratique n'est pas conforme aux normes générales de responsabilité, savoir qu'on doit agir de façon raisonnable, le professionnel qui y adhère peut alors, suivant les faits de l'espèce, engager sa responsabilité. [Souligné dans l'original.]

Ces principes ont été repris par notre Cour dans l'arrêt *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456. Il est donc évident que la conformité à une pratique professionnelle courante ne soustrait pas nécessai-

insulate a doctor from negligence where the standard practice itself is negligent. The question that remains is under what circumstances will a professional standard practice be judged negligent? It seems that it is only where the practice does not conform with basic care which is easily understood by the ordinary person who has no particular expertise in the practices of the profession. That is, as Professor Fleming suggests, where the common practice is fraught with danger, a judge or a jury may find that the practice is itself negligent.

44

As was observed in *Lapointe*, courts should not involve themselves in resolving scientific disputes which require the expertise of the profession. Courts and juries do not have the necessary expertise to assess technical matters relating to the diagnosis or treatment of patients. Where a common and accepted course of conduct is adopted based on the specialized and technical expertise of professionals, it is unsatisfactory for a finder of fact to conclude that such a standard was inherently negligent. On the other hand, matters falling within the ordinary common sense of juries can be judged to be negligent. For example, where there are obvious existing alternatives which any reasonable person would utilize in order to avoid a risk, one could conclude that the failure to adopt such measures is negligent notwithstanding that it is the prevailing practice among practitioners in that area.

45

Such a case arose in *Anderson v. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (Man. C.A.), aff'd [1950] 4 D.L.R. 223 (S.C.C.). There, a doctor performed surgery on a child's throat. During the course of the surgery, sponges were used without any tape or strings attached to ensure that none was left in the throat. Nor was a nurse present to count the number of sponges used. One of the sponges was inadvertently left in the throat and after the operation, the child died of suffocation. The surgeon gave evidence that it was not his practice to use sponges with strings, nor to have anyone count the sponges used. This appeared to be standard practice in the hospital, notwithstanding that there were sponges

remment à une accusation de négligence si la pratique en soi constitue de la négligence. Il reste à décider dans quelle situation une pratique professionnelle courante constituera de la négligence. Il semble que ce ne soit que dans les cas où elle n'est pas conforme aux règles élémentaires de prudence qui sont facilement comprises par le profane. C'est-à-dire, pour reprendre les propos du professeur Fleming, que, lorsque la pratique courante comporte de nombreux risques évidents, un juge ou un jury peut conclure que la pratique en soi constitue de la négligence.

Comme notre Cour le fait observer dans *Lapointe*, les tribunaux ne devraient pas intervenir dans les différends scientifiques dont la solution exige des connaissances spécialisées. Les juges et les jurés n'ont pas les connaissances nécessaires pour apprécier des questions techniques concernant le diagnostic ou le traitement des patients. Quand une pratique courante et reconnue est suivie en conformité avec les données acquises de la science et de la technique, il serait peu judicieux que le juge des faits conclue que cette pratique constitue en soi de la négligence. En revanche, le jury peut conclure à la négligence lorsqu'il s'agit de questions relevant du sens commun. Par exemple, s'il existe d'autres méthodes évidentes que toute personne raisonnable emploierait pour éviter un risque, on peut conclure que l'omission de prendre ces mesures constitue de la négligence, même s'il s'agit de l'usage admis parmi les praticiens dans cette spécialité.

C'est ce qui s'est passé dans *Anderson c. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (C.A. Man.), conf. par [1950] 4 D.L.R. 223 (C.S.C.). Dans cette affaire, un médecin a pratiqué une intervention sur la gorge d'un enfant. Durant l'opération, il a utilisé des compresses qui n'étaient pas reliées par un ruban ou des fils de façon à ce qu'aucune ne soit laissée dans la gorge, et aucune infirmière n'était sur place pour compter les compresses utilisées. Or, l'une de celles-ci a été laissée par inadvertance dans la gorge et après l'opération, l'enfant est mort étouffé. Le chirurgien a témoigné qu'il n'avait pas coutume d'utiliser des compresses rattachées les unes aux autres et de se faire aider par une per-

available with strings and nurses could be made available for counting sponges. The Court of Appeal held that the surgeon acted negligently.

The principal reasons, written by McPherson C.J.M., did not specifically deal with the issue with respect to standard practice. However, McPherson C.J.M. did observe that the fact a sponge was left in a potentially dangerous position is one which “the ordinary man is competent to consider in arriving at a decision as to whether or not there was negligence” (p. 74). By failing to take either of the precautions which were readily available, the majority held that the surgeon was negligent.

In separate concurring reasons, Coyne J.A. discussed the issue of customary practice among surgeons. He noted that whether or not it is negligent to omit to use sponges with ties or fail to keep count of the sponges is not a matter requiring expert knowledge. Coyne J.A. observed that general practice is not a complete defence to negligence. I find it useful to quote fairly extensively from his reasons as I believe that they are directly pertinent to the issues in this case. At pages 81-82, he stated:

Dr. Chasney defends on the ground that it has not been his practice, and that it is not the usual practice of operators in the hospital in question and of some operators elsewhere, to take these precautions. But he took a chance in neglecting them. Whether to adopt them or not, he says, is a matter of surgical skill and experience and the general practice of practitioners is conclusive. This, however, was not peculiarly a matter of such skill and experience. His counsel argued that if a general practice of surgeons is followed, negligence cannot be attributed, and that expert evidence is conclusive. But if that were correct the expert witnesses would, in effect, be the jury to try the question of negligence. That question, however, must continue to be one for the petit jury empanelled to try the case, if it is a jury case, and for the Court where it is not. The experts remain witnesses to give their expert opinions in assistance of the jury or the

sonne chargée de les compter. C’était apparemment la pratique courante à l’hôpital en dépit du fait que l’on disposait de compresses reliées par des fils et qu’il était possible de demander à une infirmière de les compter. La Cour d’appel a décidé que le chirurgien avait été négligent.

Dans les motifs principaux qu’il a rédigés, le juge en chef McPherson n’a pas traité expressément de la question de la pratique courante. Toutefois, il a fait observer qu’oublier une compresse dans une région où elle présentait un danger est un fait que [TRADUCTION] «la personne ordinaire est en mesure de prendre en considération pour décider si la conduite était négligente» (p. 74). La majorité a conclu qu’en omettant de prendre l’une ou l’autre des précautions à sa portée, le chirurgien a fait preuve de négligence.

Dans des motifs concordants, le juge Coyne a analysé la question de la pratique habituelle parmi les chirurgiens. Il a fait remarquer qu’il n’était pas nécessaire de posséder des connaissances spécialisées pour décider si l’omission d’employer des compresses reliées pas des fils ou de compter les compresses constituait de la négligence. Le juge Coyne a fait observer qu’une pratique générale n’était pas un moyen de défense permettant d’échapper à toute responsabilité. J’estime utile de citer un assez long extrait de ses motifs, car je pense qu’ils sont directement pertinents au regard de la présente espèce. Il dit, aux pp. 81 et 82:

[TRADUCTION] Le docteur Chasney fait valoir en défense qu’il n’a pas coutume, et que ce n’est pas l’usage dans l’hôpital en question et parmi certains chirurgiens dans d’autres établissements, de prendre de telles précautions. Mais il a couru un risque en ne les prenant pas. À son dire, le besoin de prendre ces précautions est fonction de l’habileté et de l’expérience du chirurgien, et la pratique courante est déterminante. Il ne s’agit cependant pas particulièrement d’une question d’habileté et d’expérience. Son avocat a soutenu qu’aucune négligence ne peut être reprochée à celui qui suit la pratique générale des chirurgiens, et que la preuve d’expert est décisive. Mais s’il en était ainsi, ce seraient les experts cités comme témoins qui rendraient en fait le verdict sur la question de la négligence. Or, cette question doit continuer d’être la fonction des jurés sélectionnés pour entendre l’affaire ou du juge qui pré-

46

47

Court to determine whether there was negligence or not. The opinions of the experts are not conclusive. But when an operation itself is a complicated and critical one, and acquaintance with anatomy, physiology or other subjects of expert medical knowledge, skill and experience are essential, jury or Court may not be justified in disregarding such opinions and reaching conclusions based on views contrary to those of the experts. That is not the case here. Effective antecedent precautions were not taken and ordinary experience of jurymen or Court is sufficient to enable them to pass upon the question whether such conduct constituted negligence. In my opinion it is clearly so in this case. [Emphasis added.]

48

Coyne J.A. then adds the following at pp. 85-86:

Whether or not it is negligence to omit to use sponges with ties or to have a count kept is not a matter which requires an expert to decide; it is not special surgical skill that is in question. Such skill is not necessary to answer the question. The point involved is negligence or no negligence. It is not a matter here which requires an expert to decide. General practice of the defendant and some others does not constitute a complete defence. It is some evidence to be taken into consideration on the question of negligence but it is not conclusive on Court or jury. If it were a defence conclusive on jury or Court, a group of operators by adopting some practice could legislate themselves out of liability for negligence to the public by adopting or continuing what was an obviously negligent practice, even though a simple precaution, plainly capable of obviating danger which sometimes might result in death, was well known If a practitioner refuses to take an obvious precaution, he cannot exonerate himself by showing that others also neglect to take it. [Emphasis added.]

49

As well, Coyne J.A. emphasized that the case involved no difficult or uncertain questions of medical or surgical treatment nor any matters of a scientific or highly technical character. It was simply a matter of whether obvious and simple precautions, easily understood by ordinary individuals, were required to be taken. Coyne J.A. remarked (at pp. 86-87):

side sans jury. Les experts demeurent des témoins dont l'opinion aide le jury ou le tribunal à décider s'il y a eu négligence. Les opinions des experts ne sont pas déterminantes. Mais quand il s'agit d'une opération compliquée et critique qui exige des compétences, de l'expérience et des connaissances sur l'anatomie, la physiologie ou d'autres objets d'étude de la science médicale, le jury ou le tribunal aurait tort d'écarter ces opinions et de tirer des conclusions fondées sur un point de vue opposé à celui de ces experts. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Des précautions qui auraient été efficaces n'ont pas été prises et les jurés et le juge peuvent s'autoriser de leur propre expérience pour porter un jugement sur la question de savoir si cela constitue de la négligence. À mon avis, c'est clairement le cas en l'espèce. [Je souligne.]

Le juge Coyne ajoute ce qui suit, aux pp. 85 et 86:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire d'être un expert pour décider si l'omission d'utiliser des compresses reliées par des fils ou de compter les compresses constitue de la négligence; aucun savoir-faire propre à un chirurgien n'est en cause. Il n'est point besoin de posséder pareille compétence pour répondre à cette question. Il s'agit de décider s'il y a eu négligence ou non. Ce n'est pas une question qu'il appartient à un expert de trancher. La pratique générale suivie par le défendeur et par d'autres ne les exonère pas de toute responsabilité. C'est un élément de preuve dont il faut tenir compte pour statuer sur la négligence, mais il n'est pas décisif pour le tribunal ou le jury. S'il l'était, un groupe de chirurgiens pourrait, en adoptant une pratique, s'exonérer eux-mêmes de leur responsabilité pour négligence envers le public en adoptant ou en continuant une pratique manifestement négligente, bien qu'une simple precaution, nettement de nature à parer à un danger qui parfois peut entraîner la mort, était bien connue. [. . .] Si un praticien refuse de prendre une precaution évidente, il ne peut pas échapper à la responsabilité en montrant que d'autres négligent aussi de la prendre. [Je souligne.]

De plus, le juge Coyne a souligné que l'affaire ne soulevait aucune difficulté ou question incertaine de traitement médical ou chirurgical ni de question scientifique ou hautement technique. Il s'agissait simplement de décider s'il convenait de prendre des precautions simples et évidentes, à la portée de la personne ordinaire. Il a fait remarquer, aux pp. 86 et 87:

Ordinary common sense dictates that when simple methods to avoid danger have been devised, are known, and are available, non-user, with fatal results, cannot be justified by saying that others also have been following the same old, less-careful practice; and that when such methods are readily comprehensible by the ordinary person, by whom, also, the need to use them or not is easily apprehended, it is quite within the competence of Court or jury, quite as much as of experts to deal with the issues; and that the existence of a practice which neglects them, even if the practice were general, cannot protect the defendant surgeon. [Emphasis added.]

In brief reasons, the Supreme Court of Canada affirmed the reasons of McPherson C.J.M. The Court left open the issue of when it is appropriate for a judge or jury to find a standard medical practice to be unacceptable in terms of taking reasonable care.

I conclude from the foregoing that, as a general rule, where a procedure involves difficult or uncertain questions of medical treatment or complex, scientific or highly technical matters that are beyond the ordinary experience and understanding of a judge or jury, it will not be open to find a standard medical practice negligent. On the other hand, as an exception to the general rule, if a standard practice fails to adopt obvious and reasonable precautions which are readily apparent to the ordinary finder of fact, then it is no excuse for a practitioner to claim that he or she was merely conforming to such a negligent common practice.

The question as to whether the trier of fact can find that a standard practice is itself negligent is a question of law to be determined by the trial judge irrespective of the mode of trial. It is, of course, for the jury to determine on the evidence what the standard practice is. If the evidence is conflicting on this issue, the jury will have to resolve the conflict. If, as in this case, the evidence is virtually conclusive, the trial judge should instruct the jury that failure to accept the evidence may very well result in an unreasonable verdict which will be set aside. Moreover, unless the nature of the issue is of a kind to bring it within the exception to the gen-

[TRADUCTION] Le simple bon sens commande que, lorsque des méthodes simples pour éviter un danger ont été conçues, sont connues et sont accessibles, celui qui ne les emploie pas et provoque ainsi un résultat fatal ne peut pas prétexter que d'autres suivent la même pratique ancienne, moins prudente; que, lorsque ces méthodes sont aisément compréhensibles pour une personne ordinaire, par qui en outre la nécessité de les employer ou non est facilement comprise, il appartient autant au tribunal ou au jury qu'à des experts de trancher les questions; et que l'existence d'une pratique qui les néglige, même si elle est générale, ne peut pas protéger le chirurgien défendeur. [Je souligne.]

Dans ses brefs motifs, la Cour suprême du Canada a confirmé les motifs du juge en chef McPherson. Elle n'a pas statué sur la question de savoir dans quels cas le juge ou le jury pourrait conclure, au regard de la question des précautions raisonnables, qu'une pratique médicale courante est inacceptable.

Je conclus de ce qui précède que, en règle générale, si une pratique médicale comporte des questions difficiles ou incertaines de traitement ou des questions complexes, scientifiques ou hautement techniques qui dépassent l'expérience et la compréhension ordinaires d'un juge ou d'un jury, ceux-ci ne pourront pas conclure qu'une pratique médicale courante constitue de la négligence. En revanche, par exception à la règle générale, si une pratique courante ne s'accompagne pas des précautions évidentes et raisonnables qui sont à la portée d'un juge des faits ordinaire, le praticien qui prétend s'être simplement conformé à cette pratique négligente ne bénéficie d'aucune excuse.

La question de savoir si le juge des faits peut conclure qu'une pratique courante constitue en soi de la négligence est une question de droit qui relève du juge de première instance, peu importe le mode de procès. Il appartient naturellement au jury de décider d'après la preuve en quoi consiste la pratique courante. Si la preuve sur ce point est contradictoire, le jury doit résoudre la difficulté. Si, comme en l'espèce, la preuve est quasiment décisive, le juge doit informer le jury que, s'il n'accepte pas la preuve, le verdict peut très bien être tenu pour déraisonnable et être annulé. En outre, sauf si la question est de nature à être visée par

50

51

52

eral rule, the jury should be instructed that once they have determined on the evidence what the standard is, the only remaining issue is whether the defendant conformed to the standard. On the other hand, if the case is one coming within the exception so that the jury can fix the standard on the basis of common sense and the ordinary understanding of the jury without the assistance of expert testimony, the trial judge must instruct the jury accordingly.

53 To avoid the problem encountered in this case due to the inscrutability of the jury's response to the question relating to negligence, and as a precaution to test the jury's understanding of the instruction, the question to the jury with respect to negligence should require that the jury specify in what respects the defendant was negligent. In a case in which the general rule applies, the answer will reveal whether the jury has understood and applied the judge's instruction that it must accept the standard practice as the legal standard against which the defendant's conduct must be measured. Additionally, in a case which falls within the exception to the general rule and where the jury can fix the standard irrespective of the expert evidence, the answer to the question will ensure that the standard which the jury has adopted is not unreasonable or unknown in law.

54 In this regard, it is noteworthy that the respondent's counsel suggested that the jury be asked to particularize the acts of negligence. This was not done, with the result that the Court of Appeal observed that it is not possible to decide whether the jury did decide the issue of negligence on the ground that the standard practice was itself deficient.

55 A related legal issue arises with respect to the second aspect of this case. If the jury finds that the evidence of standard practice does not establish that there indeed exist a standard practice, can the jury fix the standard without reliance on expert testimony? In my opinion, the answer to this question is the same as the answer previously given. If the alleged act or acts of negligence are such that the jury could reject expert evidence as to standard practice and set the appropriate standard without

l'exception à la règle générale, il faut informer le jury qu'une fois la nature de la pratique établie selon la preuve, il ne reste qu'à décider si le défendeur s'y est conformé. En revanche, si l'affaire est visée par l'exception, de sorte que le jury peut fixer la norme en se fondant sur le bon sens et sa compréhension ordinaire sans s'aider du témoignage d'experts, le juge doit donner des directives au jury en conséquence.

Pour éviter le problème que pose en l'espèce le fait que l'on ne sache pas sur quoi est fondée la réponse du jury à la question relative à la négligence et pour permettre de vérifier si le jury a compris les directives, il faudrait que la question posée au jury relativement à la négligence l'oblige à préciser en quoi le défendeur a été négligent. Dans un cas où la règle générale s'applique, la réponse révélera si le jury a compris et appliqué les directives du juge selon lesquelles il doit accepter que la pratique courante est la norme juridique au regard de laquelle la conduite du défendeur doit être appréciée. De plus, dans un cas visé par l'exception à la règle générale et où le jury peut fixer la norme sans égard à la preuve d'expert, la réponse à la question garantira que la norme adoptée par le jury n'est pas déraisonnable ni inconnue en droit.

À cet égard, il convient de noter que l'avocat de l'intimé a proposé que le jury soit prié de préciser en quoi consistaient les actes de négligence. Cela n'a pas été fait, de sorte que la Cour d'appel a fait observer qu'il n'était pas possible de décider si le jury avait conclu à la négligence pour le motif que la pratique courante était en soi fautive.

Une question de droit connexe se pose relativement au second aspect du présent pourvoi. Si le jury conclut que la preuve relative à la pratique courante n'établit pas l'existence d'une telle pratique, peut-il fixer la norme sans l'aide d'experts? À mon avis, il faut donner à cette question la même réponse qu'à la précédente. Si les actes de négligence allégués sont de telle nature que le jury peut parfaitement rejeter la preuve d'expert concernant la pratique courante et fixer la norme con-

reliance on expert evidence, then it can do precisely that where the expert evidence fails to establish a standard practice. In either case, the basic question is whether the nature of the issue can be decided on the basis of the ordinary knowledge possessed by the jury or, on the contrary, the matter requires expert evidence because it is beyond the ken of the average juror. Finally, although this is not a matter which arises in this case, I do not foreclose the possibility that exceptionally a jury might find negligence in respect of an issue beyond its ordinary understanding based on expert evidence which it accepts which falls short of establishing a standard practice.

(2) Conclusion on Professional Negligence

After correctly charging the jury with respect to the general standard of care relating to physicians, the trial judge commented on the role of evidence of standard practice as follows:

In deciding what risks should have been known to Dr. Korn, evidence of medical experts of custom or general practice is one factor to be considered, but it is not conclusive. It is open to you as triers of fact to find the custom or general practice negligent. [Emphasis added.]

I agree with the following characterization by the Court of Appeal of the issue relating to the standard of care which the jury was called upon to decide in this case (at pp. 72-73):

In this case there were difficult, uncertain, highly technical scientific questions requiring information not ordinarily expected of a practising gynaecologist or obstetrician. No jury is capable of deciding on its own what understanding of recent developments the Defendant should bring to his practice. As already described, both Dr. Stewart and Dr. Mascola partially exonerated the Defendant

Moreover, the evidence established that the state of medical knowledge about AIDS and HIV was highly variable even between highly qualified scientists. There

venable sans recourir aux témoignages d'experts, il peut en faire autant si la preuve d'expert n'établit pas l'existence d'une telle pratique. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit essentiellement de décider si la question admet une solution fondée sur les connaissances ordinaires du jury ou si, au contraire, elle exige le témoignage d'experts parce qu'elle dépasse la compétence du juré moyen. Enfin, bien que la question ne se pose pas en l'espèce, je n'exclus pas la possibilité qu'un jury puisse exceptionnellement, en se fondant sur une preuve d'expert qu'il a acceptée et qui ne permet pas de déterminer quelle est la pratique courante, conclure à la négligence à l'égard d'une question qui dépasse son entendement habituel.

(2) Conclusion sur la négligence professionnelle

Après avoir donné des directives adéquates au jury relativement à la norme générale de prudence applicable aux médecins, le juge de première instance a fait des observations sur le rôle de la preuve de la pratique courante dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Pour décider les risques dont le Dr Korn aurait dû être au courant, le témoignage de médecins concernant l'usage ou la pratique générale est un facteur à prendre en considération, mais il n'est pas décisif. Vous pouvez parfaitement en tant que juges des faits conclure que l'usage ou la pratique générale constitue de la négligence. [Je souligne.]

Je souscris à la qualification qu'a faite la Cour d'appel, aux pp. 72 et 73, de la question de la norme de prudence sur laquelle le jury était appelé à se prononcer en l'espèce:

[TRADUCTION] La présente instance soulève des questions difficiles, incertaines, scientifiques et hautement techniques qui exigent des connaissances que ne possèdent pas d'ordinaire un gynécologue ou un obstétricien. Aucun jury n'est en mesure de décider par lui-même quelles découvertes récentes le défendeur aurait dû être à même d'assimiler dans l'exercice de sa profession. Répétons que le Dr Stewart et le Dr Mascola ont exonéré partiellement le défendeur

De plus, la preuve a montré que l'état de la science médicale en ce qui a trait au sida et au VIH était très variable même parmi les scientifiques hautement quali-

56

57

were differences of opinion between public health authorities and practitioners in different medical communities. In our judgment, this was not the kind of case where a judge could properly instruct the jury that it could decide that a practice that conformed to what other practitioners similarly situated were following was negligent. The only proper instruction to be given on at least a part of the case was that the jury should decide whether the Defendant conducted himself as a reasonable physician would in similar circumstances. In our judgment, that required the jury to confine itself to prevailing standards of practice.

fiés. Il y avait des divergences de vues entre les services de la santé publique et les praticiens des divers corps médicaux. À notre sens, ce n'est pas le genre d'affaire où le juge peut à bon droit informer le jury qu'il peut décider qu'une pratique qui est conforme à celle que suivent les autres praticiens placés dans les mêmes circonstances constitue de la négligence. La seule directive qui convenait, du moins quant à un aspect de la cause, était que le jury devait décider si le défendeur avait agi comme l'aurait fait un médecin raisonnable dans une situation semblable. À notre avis, le jury devait pour ce faire s'en tenir aux pratiques courantes à l'époque en cause.

58

In light of this characterization, I agree with the conclusion reached by the Court of Appeal that with respect to the first aspect of the case the question of the standard of care was not one which the jury could decide without the aid of expert evidence. The Court of Appeal went on to hold that, since it was impossible to tell from the answer given by the jury whether or not it found that the standard practice followed by the respondent and other AI practitioners in Canada was negligent, a new trial was necessary on this basis alone. In my opinion, however, this is not the reason why a new trial is required in this case. If the claim had been restricted to the first aspect of the case in negligence, a new trial would not have been necessary notwithstanding the misdirection with respect to the standard of care. A new trial would only have been necessary if a finding of negligence, supportable on the evidence, was open to the jury. As I have pointed out above, the Court of Appeal correctly held that a finding of negligence on this branch of the case would not be supportable in that it was not a finding which a jury acting judicially could make. There was no reason to direct a new trial on this aspect of the case and the Court of Appeal, in fact, did not do so. On this aspect the appellant's claim simply fails. The reason that a new trial is necessary is because the jury may have found negligence on the second aspect of the case, namely the failure to adequately screen and follow-up donors.

Vu cette qualification, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel que, relativement au premier aspect de la présente affaire, il n'appartenait pas au jury de trancher la question de la norme de prudence sans l'aide de témoignages d'experts. La Cour d'appel a ajouté que, puisqu'il était impossible de déduire d'après la réponse que le jury a donnée s'il avait conclu que la pratique courante suivie par l'intimé et d'autres médecins pratiquant l'IA au Canada constituait de la négligence, il était nécessaire de tenir un nouveau procès sur cette seule question. À mon avis, ce n'est cependant pas la raison pour laquelle un nouveau procès s'impose. Si l'action avait été limitée au premier aspect de la prétention de négligence, un nouveau procès n'aurait pas été nécessaire, malgré la directive erronée relative à la norme de prudence. Un nouveau procès n'aurait été nécessaire que s'il avait été loisible au jury de conclure à la négligence, en s'appuyant sur la preuve. Comme je l'ai déjà souligné, la Cour d'appel a décidé avec raison qu'il n'était pas possible, étant donné la preuve, de conclure à la négligence sous cet aspect de la cause car un jury agissant de manière judiciaire ne pouvait pas tirer pareille conclusion. Il n'y avait aucune raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur cet aspect de l'affaire et, en fait, la Cour d'appel ne l'a pas fait. Sur cet aspect, la prétention de l'appelante doit simplement être rejetée. Si un nouveau procès doit être tenu, c'est que le jury a peut-être conclu à la négligence à l'égard du second aspect de la cause, savoir l'omission de bien sélectionner les donneurs et d'en assurer le suivi.

59

The main contention with respect to this aspect of the claim was that closer questioning and fol-

Selon la principale allégation concernant cet aspect de l'action, des questions plus précises ou

low-up interviews with donors might have revealed that the donor who infected the appellant was in a high risk category relating to the transmission of STDs. With respect to the foundation in law of this claim the Court of Appeal stated (at pp. 74-75):

HIV is one of a number of sexually transmitted diseases. It was the duty of the Defendant to take reasonable steps to protect his patients against sexually transmitted diseases. If he failed to do so he would be liable even if the specific disease was one which he did not actually foresee.

As we are not able to know upon what ground the jury's verdict rests, there must be a new trial on the issues raised in the pleadings other than those based upon the Defendant's lack of knowledge of the risk of HIV by AI.

I agree that infection with HIV is within the same class of injury as other STDs and that the respondent could be liable for the damage caused notwithstanding that he did not foresee that a failure to take reasonable steps to protect his patients could result in HIV infection. It would be sufficient to found liability if it is established that the respondent ought to have foreseen the class of injury. See *R. v. Côté*, [1976] 1 S.C.R. 595, at p. 604.

The evidence as to standard practice with respect to this aspect of the claim was sketchy and it would be open to the jury to find that there was at the relevant time no standard practice. On the other hand, the jury could also find that the standard practice was not to screen donors or carry out follow-up interviews beyond what the respondent did. In either case, this is an issue that is quite different from that involved in the first aspect of the case. In my opinion, the jury could determine the appropriate standard without reliance on expert evidence. Accordingly, if they decide that no standard practice existed, they can fix the appropriate standard based on their view as to what a prudent and diligent practitioner ought to have done if he or she foresaw or ought to have foreseen that failure to carry out reasonable measures to screen and follow-up donors could result in infection with an

une entrevue de contrôle auraient peut-être permis de découvrir que le donneur qui a infecté l'appelante appartenait à une catégorie à risque élevé relativement à la transmission des MTS. Quant au fondement juridique de cette prétention, la Cour d'appel a dit, aux pp. 74 et 75:

[TRADUCTION] Le VIH est une maladie transmissible sexuellement parmi plusieurs. Le défendeur avait le devoir de prendre des précautions raisonnables pour protéger ses patientes contre les maladies transmissibles sexuellement. S'il ne l'a pas fait, il a engagé sa responsabilité même s'il n'avait pas prévu cette maladie-là.

Comme nous ne pouvons pas savoir sur quel motif repose le verdict du jury, il faut tenir un nouveau procès sur les questions soulevées dans les plaidoiries, sauf celles fondées sur l'ignorance par le défendeur du risque de communication du VIH par l'IA.

J'admets que l'infection par le VIH entre dans la même catégorie de préjudice que les autres MTS et que l'intimé pourrait être tenu responsable du dommage causé, en dépit du fait qu'il ne prévoyait pas que l'omission de prendre des précautions raisonnables pour protéger ses patientes pouvait entraîner la contamination par le VIH. Pour attribuer une responsabilité à l'intimé, la preuve qu'il aurait dû prévoir la catégorie de préjudice serait suffisante. Voir *R. c. Côté*, [1976] 1 R.C.S. 595, à la p. 604.

60

La preuve relative à la pratique courante, quant à cet aspect de la cause, était sommaire et le jury pouvait parfaitement conclure qu'il n'y avait pas de pratique courante à l'époque pertinente. En revanche, le jury pouvait aussi conclure que la pratique courante n'était pas de sélectionner les donneurs ou de faire des entrevues de contrôle d'une manière plus complète que l'intimé ne l'a fait. Dans les deux cas, la question est très différente de celle soulevée sous le premier aspect de la cause. À mon avis, le jury pouvait déterminer la norme appropriée sans s'aider des témoignages d'experts. Par conséquent, s'il conclut qu'il n'existait pas de pratique courante, il peut fixer la norme appropriée selon ce qu'il estime qu'un praticien prudent et diligent aurait dû faire s'il avait prévu ou aurait dû prévoir que l'omission de prendre des mesures raisonnables pour sélectionner les donneurs et assurer

61

STD other than HIV. As well, if the jury finds that the evidence does establish a standard practice, it is entitled to consider whether that practice is itself consistent with the measures which the hypothetical reasonable prudent practitioner would take in the same circumstances.

62

There is one other aspect to the claim in negligence which does not fit neatly into either of the two aspects to which I have had reference. I refer to the allegation that the respondent should have used frozen rather than fresh semen. The Court of Appeal doubted that a jury could find for the appellant on this ground but did not exclude this issue from the matters to be dealt with at the new trial. It appears that this allegation was entirely dependent on the Elisa test being available which did not occur until after January of 1985. I find nothing else in the evidence to support a finding of negligence based on this ground. Accordingly, I would not have included this allegation in the matters to be dealt with at the new trial were it not for the fact that it appears to be included in the order in appeal against which the respondent did not cross-appeal. I would, therefore, simply affirm the order of the Court of Appeal in respect to the negligence claim.

B. Warranty Issues

63

As an alternative ground of appeal, the appellant contends that the respondent breached a warranty that the semen provided by the donor would be of merchantable quality and fit for its purpose. In other words, she claims that the respondent warranted that the semen would not be contaminated with any STDs, including HIV, such that it would injure the appellant. Under this theory, even absent any negligence, the respondent would be held strictly liable under contract for failing to provide uncontaminated sperm. The appellant puts forward three bases for the existence of a warranty. First, she claims that there was an express contractual warranty found in the Information Sheet provided to the appellant where the respondent promised that no donor was a homosexual or drug abuser.

leur suivi pouvait entraîner la contamination par une MTS autre que le VIH. En outre, si le jury conclut que la preuve établit l'existence d'une pratique courante, il est en droit de décider si cette pratique est en soi compatible avec les mesures que le praticien raisonnable et prudent prendrait dans les mêmes circonstances.

Il y a un autre angle de l'action en négligence qui ne cadre pas exactement avec l'un ou l'autre des deux aspects dont j'ai parlé. Il s'agit de l'allégation selon laquelle l'intimé aurait dû utiliser du sperme congelé plutôt que du sperme à l'état frais. La Cour d'appel doutait qu'un jury puisse donner gain de cause à l'appelante sur ce point, mais elle n'a pas exclu cette question de celles devant faire l'objet du nouveau procès. Il semble que la valeur de cette allégation dépende totalement de la date à laquelle la technique Elisa est devenue accessible, ce qui ne s'est produit qu'après janvier 1985. Je ne trouve aucun autre élément de preuve qui permette de conclure à la négligence pour ce motif. Par conséquent, je n'aurais pas inclus cette allégation parmi les questions à examiner au nouveau procès n'eût été le fait qu'elle semble avoir été incluse dans l'ordonnance qui a été portée en appel et contre laquelle l'intimé n'a pas formé d'appel incident. Je confirmerais donc simplement l'ordonnance de la Cour d'appel en ce qui concerne l'allégation de négligence.

B. Les questions relatives à la garantie

À titre de moyen d'appel subsidiaire, l'appelante soutient que l'intimé a rompu une garantie que le sperme fourni par le donneur serait de qualité marchande et adapté à l'usage auquel il était destiné. Autrement dit, elle prétend que l'intimé a garanti que le sperme ne serait pas contaminé par des MTS, dont le VIH, susceptibles de lui causer un préjudice. Suivant cette thèse, même si l'intimé n'a pas été négligent, il est assujéti à une responsabilité contractuelle stricte pour ne pas avoir fourni du sperme non contaminé. L'appelante fait valoir trois arguments qui démontreraient l'existence d'une garantie. Premièrement, elle prétend que la fiche de renseignements qui lui a été remise renferme une garantie contractuelle expresse par laquelle l'intimé promet qu'aucun donneur n'est homo-

Secondly, the appellant relies on the *Sale of Goods Act*, s. 18, which imposes liability on a seller of a good if the good is not fit for its purpose. This warranty is statutorily implied into contracts of sale. Finally, the appellant argues that there was an implied warranty at common law that the good provided in a contract for goods and services would not be defective. I will deal with each ground in turn.

(1) Express warranty in the Information Sheet

The appellant asserts that, in the Information Sheet provided, the respondent promised that the donor would not be homosexual or a drug abuser and that these statements were made to assure her that the respondent had taken precautions to ensure that the semen would be free from contamination. The appellant claims that the doctor breached this express warranty.

In my view, this ground of appeal must fail. There is no indication that there was any intention on the part of either of the parties that there should be contractual liability in respect of the statement in the Information Sheet. In fact, it appears that the appellant did not have any recollection of receiving any written information from the respondent regarding the AI procedure. It is apparent that the purpose of the Information Sheet was precisely what the name suggests. That is, to provide general information to the patient. There was no intention that the statements contained therein constitute an express warranty that the donor would not be a homosexual.

Moreover, I note that, at trial, the appellant did not rely on the existence of an express warranty in the Information Sheet and the issue was not raised in the trial judge's charge to the jury. Nor did the appellant argue this issue at the Court of Appeal. Therefore, it appears that the appellant is relying on the express warranty in the Information Sheet for the first time in this Court. In any event, as I have stated, I do not believe there is any merit to this argument.

sexuel ou toxicomane. Deuxièmement, l'appelante invoque l'art. 18 de la *Sale of Goods Act*, qui attribue une responsabilité au vendeur d'un objet si cet objet n'est pas adapté à l'usage auquel il est destiné. Cette garantie implicite des contrats de vente découle de la loi. Enfin, l'appelante prétend qu'il existe en common law une garantie implicite que l'objet fourni aux termes d'un contrat mixte de vente et de services sera exempt de défaut. Je vais étudier chaque moyen séparément.

(1) La garantie expresse de la fiche de renseignements

L'appelante affirme que, dans la fiche de renseignements, l'intimé promettait que le donneur ne serait ni homosexuel ni toxicomane, et que cette déclaration a été faite pour l'assurer que l'intimé avait pris des précautions pour veiller à ce que le sperme soit exempt de contamination. L'appelante prétend que le médecin a rompu cette garantie expresse.

À mon avis, ce moyen d'appel doit être rejeté. Rien n'indique que l'une ou l'autre des parties ait voulu que la déclaration contenue dans la fiche de renseignements crée une obligation contractuelle. En fait, l'appelante semble ne pas se souvenir avoir reçu de l'intimé des renseignements écrits touchant l'IA. De toute évidence, l'objet de la fiche de renseignements était précisément ce que son nom semble indiquer. C'est-à-dire fournir à la patiente des renseignements généraux. L'intention n'était aucunement que les déclarations qu'elle contenait constituent une garantie expresse que le donneur ne serait pas homosexuel.

Par surcroît, je note qu'au procès l'appelante n'a pas argué de l'existence d'une garantie expresse dans la fiche de renseignements et que le juge de première instance n'a pas parlé de la question dans son exposé au jury. L'appelante n'a pas non plus soulevé la question devant la Cour d'appel. Par conséquent, il semble que l'appelante invoque pour la première fois devant notre Cour la garantie expresse comprise dans la fiche de renseignements. Quoi qu'il en soit, je le répète, je ne pense pas que cet argument soit bien fondé.

64

65

66

(2) Warranty under the *Sale of Goods Act*

67

In order for the *Sale of Goods Act* to apply, a contract must primarily be for the purpose of selling goods. If the sale of a good is merely incidental to what is primarily a contract for services, then the statute will not imply a warranty. As Legg J. observed in *Gee v. White Spot Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 235 (S.C.), in order to come within the *Sale of Goods Act*, a contract need not be one exclusively for the sale of goods. However, the sale of a good must be the primary purpose of the contract. Whether a contract is primarily one for the sale of goods or primarily one for services depends upon the essential character of the agreement. As G. H. L. Fridman wrote at p. 25 of *Sale of Goods in Canada* (2nd ed. 1979):

... if the primary object of the contract is the transference of property in something which was not originally the property of the "buyer", the contract will be one of sale of goods: but if the primary purpose of the parties is the performance of certain work, or the provision of services, incidentally to which property in goods is to pass from one party to the other, the contract will not be one of sale of goods.

68

Thus, the preliminary question that arises is whether the AI procedure performed by the respondent primarily involved a contract for the sale of semen, or was it primarily a contract for medical services. If the procedure is properly characterized as the latter, then the appellant's argument under the *Sale of Goods Act* must fail. As the Court of Appeal did, I intend to address this issue assuming that there was in fact a sale of semen between the appellant and respondent. However, I note that it is not entirely clear that this was the case.

69

At trial, the appellant submitted that the question of whether a contract is characterized as a sale of goods or one primarily for services is a question of fact which should be left to the jury. The trial judge instructed the jury that there was a contract for medical services as well as for goods. The jury was then charged that they must determine, as a question of fact, whether the contract was "primarily formulated to offer a sale of services, or pri-

(2) La garantie prévue par la *Sale of Goods Act*

Pour que la *Sale of Goods Act* s'applique, il faut qu'un contrat porte principalement sur la vente d'objets. Si la vente d'un objet n'est qu'un aspect accessoire de ce qui est avant tout un contrat de services, aucune garantie implicite ne découle de la loi. Comme le fait observer le juge Legg dans *Gee c. White Spot Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 235 (C.S.), il n'est pas nécessaire qu'un contrat porte seulement sur la vente d'objets pour être visé par la *Sale of Goods Act*. Toutefois, la vente d'un objet doit être le but principal du contrat. C'est le caractère essentiel du contrat qui permet de déterminer s'il s'agit principalement d'un contrat de vente ou de services. Comme le dit G. H. L. Fridman dans son ouvrage *Sale of Goods in Canada* (2^e éd. 1979), à la p. 25:

[TRADUCTION] ... si le but principal du contrat est le transfert de la propriété de quelque chose qui n'appartenait pas initialement à l'«acheteur», il s'agit d'un contrat de vente; mais si le but principal des parties est l'exécution d'un certain travail ou la fourniture de services et que, accessoirement, la propriété d'objets doit être transmise d'une partie à l'autre, il ne s'agit pas d'un contrat de vente.

Par conséquent, la question préliminaire qui se pose est de savoir si l'IA pratiquée par l'intimé consistait principalement dans un contrat de vente de sperme ou principalement dans un contrat de services médicaux. Si c'est la seconde qualification qui convient pour cette pratique, l'argument de l'appelante fondé sur la *Sale of Goods Act* doit être rejeté. À l'instar de la Cour d'appel, je vais examiner cette question en supposant qu'il y a effectivement eu vente de sperme entre l'appelante et l'intimé. Toutefois, je note qu'il n'est pas tout à fait certain que ce soit bien le cas.

Au procès, l'appelante a soutenu que la question de savoir s'il s'agit principalement d'un contrat de vente ou d'un contrat de services est une question de fait qui doit relever du jury. Le juge de première instance a informé le jury qu'il s'agissait en même temps d'un contrat de services médicaux et d'un contrat de vente. Il l'a ensuite informé qu'il devait décider, comme question de fait, si les clauses du contrat [TRADUCTION] «se rapportaient principale-

marily formulated to offer the sale of a good or goods". The jury was told that the *Sale of Goods Act* only applied if the contract was primarily for the sale of semen.

At the outset, I find it somewhat problematic that the characterization of the contract was a matter left to the jury to decide. It seems that determining whether a particular statute has application in a given case is a question of law which ought to be resolved by the trial judge. Although not a pure question of law, the characterization of the contract as one primarily for the sale of goods is certainly one of mixed law and fact. Only once it is determined that the *Sale of Goods Act* has any application in the circumstances should the jury be instructed to determine whether the statutory warranty was breached on the facts. In any event, I need not determinatively settle the issue of whether this preliminary matter ought to have been left to the jury, as I am of the view that the jury correctly resolved the issue.

The jury correctly concluded that the contract to perform the AI procedure on the appellant was primarily a contract for medical services and not a sale of semen. To hold otherwise would be to distort the true nature of the whole agreement between the parties. The provision of the semen was obviously an important component to the AI procedure; however the primary reason the appellant went to a gynaecologist was for professional medical services and expertise. As the respondent argues, he provided medical services to the appellant in order to assist her to become pregnant by way of AI. Although donor semen was a necessary component of this process, the contract was not primarily for a sale of semen.

It is not relevant that the actual AI procedure was relatively simple and quick. The appellant still relied on the respondent's expertise in the screening process for donors, the collection of the semen, the insemination procedure itself, and the provision of medical advice and information concerning any risks and the possibility of success of the AI procedure. It cannot be contended that the contract

ment à la vente de services ou principalement à la vente d'un ou de plusieurs objets». Le juge a informé le jury que la *Sale of Goods Act* ne s'appliquait que si le contrat avait pour objet principal la vente de sperme.

D'entrée de jeu, j'estime que le fait d'avoir laissé au jury le soin de déterminer le caractère du contrat pose un problème. Il semble que la question de l'applicabilité d'une loi à un cas donné soit une question de droit qui relève du juge de première instance. Bien que ce ne soit pas une pure question de droit, caractériser le contrat principalement de contrat de vente d'objets est certainement une question mixte de droit et de fait. C'est seulement après qu'il a été décidé si la *Sale of Goods Act* était applicable dans les circonstances qu'il convient d'informer le jury qu'il doit déterminer si la garantie légale a été rompue, au vu des faits. De toute façon, je n'ai pas à résoudre définitivement la question de savoir s'il convenait de laisser au jury le soin de trancher cette question préliminaire, puisque je suis d'avis que le jury a rendu le bon verdict sur ce point.

Le jury a conclu à bon droit que le contrat en vue de pratiquer l'IA sur l'appelante était principalement un contrat de services médicaux et non un contrat de vente de sperme. Conclure le contraire serait dénaturer la convention conclue entre les parties. La fourniture du sperme était de toute évidence un élément important de l'IA; toutefois, si l'appelante a consulté un gynécologue, c'est avant tout pour obtenir des services médicaux d'un spécialiste. Comme le soutient l'intimé, il a fourni des services médicaux à l'appelante afin de l'aider à concevoir au moyen de l'IA. Bien que le sperme soit un élément nécessaire de ce traitement, le contrat ne portait pas principalement sur la vente de sperme.

Il n'est pas pertinent que l'IA soit un procédé assez simple et rapide. L'appelante s'est quand même fiée aux connaissances spécialisées de l'intimé pour la sélection des donneurs, le prélèvement du sperme, le procédé d'insémination lui-même et la fourniture de conseils et de renseignements médicaux concernant les risques et la probabilité de succès de l'IA. On ne saurait prétendre qu'il

70

71

72

was one primarily for the sale of semen such as to attract the application of the *Sale of Goods Act*.

(3) Warranty implied by the common law

73 The fact that the contract was primarily one for services does not end the possibility that there was an implied warranty that the semen would not be contaminated with HIV. The appellant also bases her claim under the common law by virtue of which a warranty may be implied in a contract for goods and services.

74 In the charge to the jury, the trial judge instructed that under the common law, where a contract is primarily for medical services, the doctor simply warrants to meet the standards of a reasonably competent person practising in the field. The trial charge explained to the jury that the warranty under common law required the jury to determine whether the respondent was negligent in failing to detect or remove the defect from the semen. In other words, the charge to the jury was to the effect that the implied warranty under common law was the same as the test for negligence in these circumstances.

75 In order to determine whether a common law warranty ought to be implied in the circumstances of this case and if so, whether the trial judge erred by equating the content of that warranty to negligence, it is necessary to review the authorities in this area in some detail.

76 In England, strict liability is imposed for implied warranties of fitness for defective products supplied under contracts for work and materials as well as under contracts for sale. The purchaser has a remedy against the business seller, even absent negligence. The seller can always recover, up the chain of production, from the manufacturer.

s'agissait principalement d'un contrat de vente de sperme de nature à rendre la *Sale of Goods Act* applicable.

(3) La garantie implicite en common law

Le fait qu'il s'agissait principalement d'un contrat de services ne clôt pas le débat concernant l'existence de la garantie implicite que le sperme était exempt de contamination par le VIH. L'appellante se fonde aussi sur la common law, qui reconnaît l'existence d'une garantie implicite dans les contrats mixtes de vente et de services.

Dans son exposé au jury, le juge de première instance a dit qu'en common law, lorsqu'un contrat avait pour objet principal des services médicaux, le médecin s'engageait seulement à satisfaire aux normes qui régissent l'activité d'une personne raisonnablement compétente dans sa sphère professionnelle. Il a expliqué qu'en ce qui concerne la garantie reconnue en common law, il incombaît au jury de décider si l'intimé avait fait preuve de négligence en omettant de détecter ou de corriger un défaut du sperme. Autrement dit, il l'a informé que la garantie reconnue en common law revenait essentiellement, dans ce contexte, à la norme de négligence.

Pour décider s'il y a lieu d'appliquer la garantie implicite de common law étant donné les circonstances de l'espèce et, dans l'affirmative, si le juge de première instance a commis une erreur en assimilant le contenu de cette garantie à la négligence, il est nécessaire de faire une analyse assez détaillée de la jurisprudence en cette matière.

En Angleterre, la responsabilité stricte est retenue, au titre de la garantie implicite de l'adaptation à un usage particulier, à l'égard de produits défectueux fournis dans l'exécution soit d'un contrat mixte de services et de vente, soit d'un contrat de vente. L'acheteur peut obtenir un dédommagement du commerçant vendeur, même si ce dernier n'a pas été négligent. Le vendeur peut toujours, en remontant la chaîne, demander réparation au fabricant.

A leading English case in this area is *G. H. Myers and Co. v. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46. That case involved the installation of faulty connecting rods in an automobile. One of the rods had a latent defect that the repair dealer could not have detected by reasonable care. Du Parcq J. held that, at common law, the dealer was liable under an implied warranty that in a contract for work done and material supplied, the material would be fit for its purpose. It was held that there should not be any distinction between a contract where goods are supplied only and a contract where goods are supplied in the course of a contract to perform services as this would be an arbitrary distinction. At pages 53-54, du Parcq J. held:

The view to which I have come is that the liability of the person supplying goods in the course of doing work and labour is certainly not less than the liability of the person selling goods . . .

Thus, the court held that an individual who agrees to do work and provide goods has no lesser obligation than an individual who simply contracts to provide the goods. However, it was recognized that not all contracts for goods and services will contain an implied warranty that the materials will not be defective. At page 55, du Parcq J. noted the following:

That depends upon the terms of the contract, and I think that the true view is that a person contracting to do work and supply materials warrants that the materials which he uses will be of good quality and reasonably fit for the purpose for which he is using them, unless the circumstances of the contract are such as to exclude any such warranty. [Emphasis added.]

The foregoing passage contemplates that there may be certain circumstances such that a contract to supply goods and services will not contain an implied warranty that, regardless of any negligence, the goods will not be defective.

The decision in *G. H. Myers* was cited with approval by the House of Lords in *Young & Marten Ltd. v. McManus Childs Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454 (H.L.). That case dealt with contractors who were building a house and subcontracted the roof-

L'arrêt *G. H. Myers and Co. c. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46, constitue une décision de principe en la matière en droit anglais. Cette affaire concernait l'installation de bielles défectueuses dans une automobile. L'une des bielles avait un vice caché que le garagiste n'aurait pu détecter en faisant preuve de prudence raisonnable. Le juge du Parcq a décidé que, en common law, dans le cas d'un contrat mixte de services et de vente, le commerçant était lié par la garantie implicite que l'objet sera adapté à l'usage auquel il est destiné. Il a conclu qu'il ne convenait pas de faire de distinction entre un contrat de vente d'objets seulement et un contrat mixte de vente et de services, car une telle distinction serait arbitraire. Aux pages 53 et 54, le juge du Parcq conclut:

[TRADUCTION] J'en arrive à la conclusion que la responsabilité de la personne qui fournit des objets dans le cadre de son obligation d'effectuer un certain travail n'est certainement pas moins grande que celle de la personne qui vend des objets . . .

La cour a donc décidé qu'une personne qui s'engage à faire un travail et à fournir des objets n'a pas une obligation moindre que celle qui s'engage simplement à fournir des objets. Toutefois, elle a reconnu que ce ne sont pas tous les contrats mixtes de vente et de services qui renferment la garantie implicite que l'objet ne sera pas défectueux. À la page 55, le juge du Parcq fait remarquer:

[TRADUCTION] Cela dépend des conditions du contrat et je pense qu'en réalité, la personne qui s'engage à fournir des services et des objets garantit que les objets qu'il utilise sont de bonne qualité et raisonnablement adaptés à l'usage auquel il les utilise, sauf si les circonstances du contrat sont de nature à exclure une telle garantie. [Je souligne.]

Il ressort du passage qui précède qu'il peut arriver qu'un contrat mixte de vente et de services ne comprenne pas de garantie implicite que, peu importe qu'il y ait eu négligence ou non, les objets seront en bon état.

La décision *G. H. Myers* a été citée et approuvée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Young & Marten Ltd. c. McManus Childs Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454 (H.L.). Cette affaire mettait en cause des entrepreneurs qui construisaient une maison et

ing work. The roofing tiles which were used contained a latent defect which was not apparent upon inspection. As a result, the contractor suffered damages and claimed that there was an implied warranty of quality or fitness. Lord Reid observed that, in such cases where there is no evidence of negligence by the manufacturer, unless the owners of the house could recover from the subcontractor, they would be without a remedy. However, if the subcontractors were held liable, they could generally recover from the manufacturer under the *Sale of Goods* legislation. The court adopted the general rule which was laid down by du Parc J. in *G. H. Myers*. Lord Reid also made the following relevant observation (at p. 468):

It appears to me that less cogent circumstances may be sufficient to exclude an implied warranty of quality where the use of spare parts is only incidental to what is in essence a repairing operation where the customer's main reliance is on the skill of the tradesman, than in a case where the main element is the supply of an article, the installation being merely incidental.

80 In the result, the court affirmed that, in the circumstances of that case, the common law implied a warranty and the subcontractor was liable for the defective tiles. It was not conclusive that there was an element of services along with the supply of goods.

81 The principles espoused in the English case law have also been adopted in Canada. A leading case is *G. Ford Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 401 (C.A.). In that case, the plaintiff supplied and installed staircases in two houses being constructed by the defendant. It turned out that the staircases contravened the Ontario *Building Code* and had to be replaced. The issue was whether there was an implied term in the contract that the staircases would conform to the *Building Code*. Cory J.A., as he then was, delivered the decision for the court. At page 403, he remarked:

When may a term be implied in a contract? A court faced with that question must first take cognizance of some important and time-honoured cautions. For exam-

avaient sous-traité la pose de la couverture. Les tuiles utilisées pour la toiture avaient un vice caché qui n'est pas ressorti à l'inspection. De ce fait, l'entrepreneur a subi des dommages et il a prétendu qu'il y avait une garantie implicite de qualité ou d'adaptation à un usage particulier. Lord Reid a fait observer que, dans un tel cas où la négligence du fabricant n'a pas été prouvée, les propriétaires de la maison n'ont aucun recours, sauf s'ils peuvent poursuivre le sous-traitant. Toutefois, si les sous-traitants sont tenus responsables, ils peuvent généralement obtenir un dédommagement du fabricant sous le régime de la loi sur la vente d'objets. La cour a adopté la règle générale énoncée par le juge du Parc dans *G. H. Myers*. Lord Reid fait en outre cette remarque pertinente, à la p. 468:

[TRADUCTION] Il me semble qu'il peut suffire de motifs moins puissants pour exclure la garantie implicite de qualité quand l'utilisation de pièces de rechange n'est qu'accessoire à ce qui est essentiellement un travail de réparation pour lequel le client se fie avant tout à l'habileté de l'artisan, que lorsque l'élément principal est la fourniture d'un article, dont la pose n'est qu'accessoire.

En conséquence, la cour a déclaré que, étant donné les circonstances de l'espèce, la common law reconnaissait une garantie implicite et le sous-traitant était responsable des défauts des tuiles. Le fait que des services ont été fournis en plus des objets n'était pas concluant.

Les principes embrassés par les tribunaux anglais ont aussi été adoptés au Canada. L'arrêt *G. Ford Homes Ltd. c. Draft Masonry (York) Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 401 (C.A.), constitue une décision de principe. Dans cette affaire, la demanderesse a fourni et installé des escaliers dans deux maisons construites par la défenderesse. Or, les escaliers n'étaient pas conformes au *Code du bâtiment* de l'Ontario et ont dû être remplacés. Il s'agissait de décider si le contrat comprenait la condition implicite que les escaliers respecteraient le *Code du bâtiment*. Le juge Cory, maintenant juge de notre Cour, a formulé les motifs de la cour. Il a fait observer, à la p. 403:

[TRADUCTION] Quand une condition est-elle implicite dans un contrat? Le tribunal appelé à trancher cette question doit d'abord s'entourer d'importantes précau-

ple, the courts will be cautious in their approach to implying terms to contracts. Certainly a court will not rewrite a contract for the parties. As well, no term will be implied that is inconsistent with the contract. Implied terms are as a rule based upon the presumed intention of the parties and should be founded upon reason. The circumstances and background of the contract, together with its precise terms, should all be carefully regarded before a term is implied. As a result, it is clear that every case must be determined on its own particular facts. [Emphasis added.]

Cory J.A. reviewed the decisions in *Young & Marten Ltd.* and *G. H. Myers* and noted that the warranties implied at common law apply to contracts for goods and services. Thus, unlike the *Sale of Goods Act*, such warranties are equally applicable to contracts for the provision of work and materials. Secondly, unless the circumstances of the case are sufficient to exclude the warranty, there will be an implied term “that the materials used will be of merchantable quality and that those materials will be reasonably fit for the purposes for which they were intended” (p. 404).

Accordingly, it is apparent that apart from the *Sale of Goods Act*, a court must consider whether a common law warranty of fitness and merchantability should be implied into the contract which includes services as well as the provision of materials. However, such a warranty will not be implied in all circumstances. The court must examine the specific nature of the contract and the relationship between the parties in order to assess whether it was the intention of the parties that such a warranty be implied. As Cory J.A. observed, courts must be very cautious in their approach to implying contractual terms.

It is important to note that a rationale for implying warranties in contracts of goods and services is that a supplier of goods generally has recourse against the manufacturer under the *Sale of Goods Act* as a result of the statutory conditions imposed.

tions consacrées par l’usage. Par exemple, les tribunaux agissent avec circonspection avant de conclure à l’existence d’une condition implicite dans un contrat. Ils ne vont certainement pas récrire les clauses du contrat. En outre, aucune condition ne sera tenue pour implicite si elle est incompatible avec le contrat. Les conditions implicites sont en règle générale fondées sur l’intention présumée des parties et doivent être logiques. Les circonstances et le contexte du contrat, ainsi que le libellé des conditions, doivent être minutieusement pris en considération avant qu’une condition implicite ne soit admise. En conséquence, il est clair que toute décision doit tenir compte des faits particuliers de l’espèce. [Je souligne.]

Le juge Cory a étudié les décisions *Young & Marten Ltd.* et *G. H. Myers* et fait remarquer que les garanties implicites reconnues en common law s’appliquaient aux contrats de vente et de services. Par conséquent, contrairement à la *Sale of Goods Act*, ces garanties sont également applicables aux contrats mixtes de services et de vente. Deuxièmement, sauf si les circonstances de l’espèce sont suffisantes pour exclure la garantie, il y a une condition implicite que [TRADUCTION] «le matériel utilisé sera de qualité marchande et raisonnablement adapté aux usages auxquels il est destiné» (p. 404).

Par conséquent, il semble que le tribunal doit décider si, sans égard à la *Sale of Goods Act*, une garantie d’adaptation à un usage particulier et de qualité marchande, reconnue en common law, doit être tenue pour implicite dans un contrat comportant la prestation de services et la fourniture de matériel. Toutefois, une telle garantie implicite ne sera pas admise dans tous les cas. Le tribunal doit examiner la nature précise du contrat et la relation entre les parties pour déterminer si une telle garantie implicite correspondait à l’intention des parties. Comme l’a fait observer le juge Cory, les tribunaux doivent apporter beaucoup de circonspection dans leur décision concernant l’existence de conditions implicites.

Il importe de noter que l’une des raisons pour lesquelles des garanties implicites seront admises dans le cas de contrats de vente et de services est que le fournisseur des objets peut généralement poursuivre le fabricant sous le régime de la *Sale of*

82

83

84

Thus, one can always proceed up the chain of production and ultimately recover from the one who should bear responsibility for the production of faulty goods. From time to time, the supplier will be unable to recover from the manufacturer, for example, owing to insolvency or limitation periods. However, arguably it is better that the purchaser be compensated and the supplier occasionally bear the cost of defects than leaving the consumer without a remedy. It is important to keep this policy rationale in mind when considering whether such a warranty should be implied in the context of this case, which deals with biological substances.

Goods Act en invoquant les conditions imposées par cette loi. Par conséquent, le demandeur peut toujours remonter la chaîne et obtenir un dédommagement de celui qui doit être tenu responsable de la production d'un objet défectueux. Parfois, le fournisseur ne pourra pas obtenir de dédommagement du fabricant, par exemple, en raison de son insolvabilité ou de la prescription. Toutefois, on peut soutenir qu'il est préférable que l'acheteur soit indemnisé et que le fournisseur assume la responsabilité des défauts plutôt que de priver le consommateur de réparation. Il importe de ne pas oublier ce raisonnement de principe quand il s'agit de décider s'il convient d'admettre une garantie implicite dans le contexte de la présente espèce, qui porte sur des substances biologiques.

85 Thus, the question that must be addressed in this appeal is whether, in the circumstances of this case, where there is a contract to conduct a medical procedure involving the use of biological material (semen), it is appropriate to imply a term that the semen was warranted to be without any defects (HIV contamination). Secondly, if it is appropriate to imply a term into the contract for medical services was the trial judge correct in holding that the respondent only warranted to take reasonable care to ensure that semen would not be used if it were contaminated with any STDs. In this regard, one must consider whether the nature of the contract at issue in this appeal is analogous to the commercial contracts which were dealt with in the English and Canadian cases discussed above. It is important to address any policy considerations and the implications of imposing warranties in these circumstances.

La question qui se pose dans le présent pourvoi est donc de savoir si, étant donné les circonstances, c'est-à-dire l'existence d'un contrat dont l'objet est un acte médical comportant l'utilisation d'une matière biologique (le sperme), il convient d'admettre une condition implicite portant garantie que le sperme est exempt de défaut (contamination par le VIH). Deuxièmement, s'il est opportun de déterminer que le contrat de services médicaux comporte une condition implicite, le juge de première instance a-t-il eu raison de décider que l'intimé ne promettait que de prendre des précautions raisonnables pour veiller à ce que le sperme ne soit pas utilisé s'il était contaminé par des MTS? À cet égard, il faut déterminer si la nature du contrat en cause est analogue à celle des contrats commerciaux sur lesquels portait la jurisprudence anglaise et canadienne précitée. Il importe de peser les considérations d'intérêt public et les conséquences de l'admission de garanties en pareille situation.

86 In answering these difficult questions, it is useful to survey some of the American jurisprudence which has dealt with this issue more frequently, in the context of warranties for the supply of blood. In my view, these cases are directly analogous to the supply of semen in an AI practice.

Pour répondre à ces questions difficiles, il est utile d'étudier certaines décisions des tribunaux américains qui ont été appelés plus fréquemment à statuer sur ce point dans le contexte des garanties de l'approvisionnement en sang. À mon avis, ces affaires sont directement analogues à la fourniture de sperme dans le cadre de l'IA.

87 The leading American authority on this issue, which has been followed many times subsequently, is *Perlmutter v. Beth David Hospital*,

L'arrêt de principe américain sur ce point, qui a été suivi à maintes reprises, est *Perlmutter c. Beth David Hospital*, 123 N.E.2d 792 (N.Y. 1954).

123 N.E.2d 792 (N.Y. 1954). In that case, a patient received a blood transfusion during the course of a medical procedure performed at the hospital. The blood contained jaundice viruses and as a result the plaintiff became infected. There was no question of any negligence on the part of the hospital as there were no means available for detecting the contamination in the blood. The plaintiff sought recovery under the *Sales Act* arguing that there was an implied warranty that the blood would be fit for its purpose and of merchantable quality. The issue turned on whether the transaction constituted a sale under the legislation. It must be observed at this point that the plaintiff did not argue that there was an implied warranty under the common law for material supplied under a contract for service and material. Nonetheless, much of the discussion on the *Sales Act* is relevant to the case at bar.

The majority of the court examined the nature of the contract between the hospital and held (at p. 794):

The essence of the contractual relationship between hospital and patient is readily apparent; the patient bargains for, and the hospital agrees to make available, the human skill and physical materiel of medical science to the end that the patient's health be restored.

Such a contract is clearly one for services, and, just as clearly, it is not divisible. Concepts of purchase and sale cannot separately be attached to the healing materials — such as medicines, drugs or, indeed, blood — supplied by the hospital for a price as part of the medical services it offers. That the property or title to certain items of medical material may be transferred, so to speak, from the hospital to the patient during the course of medical treatment does not serve to make each such transaction a sale. “‘Sale’ and ‘transfer’ are not synonymous”, and not every transfer of personal property constitutes a sale . . . It has long been recognized that, when service predominates, and transfer of personal property is but an incidental feature of the transaction, the transaction is not deemed a sale within the *Sales Act*.

It should be observed that the majority focused on the sharp distinction between a contract of sale and one for services that exists in this context. While this is important for determining whether sale of goods legislation is applicable, it is not as

Dans cette affaire, un patient a reçu une transfusion sanguine au cours d'une intervention pratiquée à l'hôpital. Le sang contenait des virus de la jaunisse et le demandeur a été infecté. Il n'était aucunement question de négligence de la part de l'hôpital car il était impossible à l'époque de détecter la contamination du sang. Le demandeur cherchait à obtenir réparation sous le régime de la *Sales Act*, se fondant sur la garantie implicite que le sang était adapté à l'usage auquel il était destiné et qu'il était de qualité marchande. Il s'agissait de décider si la transaction constituait une vente visée par la loi. Il faut remarquer ici que le demandeur n'a pas invoqué de garantie implicite de common law relativement à l'objet fourni en application d'un contrat mixte de services et de vente. Néanmoins, le débat sur la *Sales Act* est dans une large mesure pertinent par rapport au présent pourvoi.

La cour à la majorité s'est penchée sur la nature du contrat entre l'hôpital et le patient pour conclure, à la p. 794:

[TRADUCTION] L'essence de la relation contractuelle entre l'hôpital et le patient est évidente: le patient demande et l'hôpital offre le savoir-faire et les moyens matériels de la science médicale qui permettront au patient de se rétablir.

De toute évidence, il s'agit clairement d'un contrat de services et, de toute évidence aussi, il n'est pas divisible. Les concepts d'achat et de vente ne peuvent pas être rattachés séparément aux substances — médicaments ou même le sang — employées pour le traitement, que l'hôpital fournit contre paiement dans le cadre des services médicaux qu'il offre. Ce n'est pas parce que la propriété de certains articles médicaux est transférée, pour ainsi dire, de l'hôpital au patient au cours du traitement que cette transaction devient une vente. ««Vente» et «transfert» ne sont pas synonymes», et ce ne sont pas tous les transferts de biens meubles qui sont des ventes. [. . .] Il est reconnu depuis longtemps que, si l'élément services prédomine, et que le transfert de biens meubles n'est qu'un aspect accessoire de la transaction, celle-ci n'est pas réputée être une vente au sens de la *Sales Act*.

Il faut noter que la majorité a mis l'accent sur la distinction nette qui existe dans ce contexte entre un contrat de vente et un contrat de services. Ce facteur est certes important quand il s'agit de décider si la loi sur la vente d'objets est applicable,

crucial in the context of implied warranties under the common law which are also available for contracts of service where a good is furnished. Nonetheless, the remarks in *Perlmutter* are highly relevant since, as was noted by Lord Reid in *Young & Marten Ltd.*, it will be less likely that such a warranty will be implied in a contract which is primarily for services where the transfer of the good is merely incidental.

90 In *Perlmutter*, it was held that the supplying of blood was entirely subordinate to the main purpose of the hospital, which was providing trained professionals and specialized facilities to care for the patient's health. The patient does not bargain for blood. Rather, it is the skill of the medical staff and the facilities which is sought. Fuld J. concluded that supplying the blood was entirely incidental to the services performed. In my view, the same can be said of the semen in the present case, as I discussed earlier in respect of the *Sale of Goods Act*.

91 In examining the nature of the contract at issue, Fuld J. noted some of the policy considerations which are relevant in this context. At page 795, the following was observed:

If, however, the court were to stamp as a sale the supplying of blood — or the furnishing of other medical aid — it would mean that the hospital, no matter how careful, no matter that the disease-producing potential in the blood could not possibly be discovered, would be held responsible, virtually as an insurer, if anything were to happen to the patient as a result of "bad" blood . . . [Emphasis added].

92 Although these comments were made in the context of sale of goods legislation, they apply equally to the situation of an implied warranty under common law. In either situation, a medical practitioner would be held strictly liable for the biological products employed in the medical procedures, notwithstanding that it may be impossible for the doctor to detect any risks. This would have

mais il n'est pas aussi crucial dans le contexte des garanties implicites reconnues en common law, qui peuvent aussi être admises dans le cas de contrats de services comportant la fourniture d'un objet. Néanmoins, les remarques faites dans l'arrêt *Perlmutter* sont très pertinentes, puisque, comme l'a fait remarquer lord Reid dans l'arrêt *Young & Marten Ltd.*, il est moins probable qu'une telle garantie implicite soit admise dans le cas d'un contrat dont l'objet principal est la fourniture de services et dans lequel le transfert de l'objet n'est qu'accessoire.

Dans l'arrêt *Perlmutter*, la cour a décidé que la fourniture de sang était totalement subordonnée au but principal de l'hôpital qui était de fournir les services de professionnels diplômés et des installations spécialisées conçues pour le traitement du patient. Le but du patient n'est pas d'obtenir du sang. Il veut plutôt avoir recours au savoir-faire du personnel médical et aux installations. Le juge Fuld a conclu que la fourniture de sang était purement accessoire à la prestation des services. À mon avis, il en va de même du sperme dans le présent pourvoi, comme je l'ai expliqué précédemment à propos de la *Sale of Goods Act*.

En étudiant la nature du contrat en cause, le juge Fuld a mis en lumière certaines des considérations de principe qui sont pertinentes dans ce contexte. Il souligne, à la p. 795:

[TRADUCTION] Si, toutefois, le tribunal devait qualifier de vente la fourniture de sang — ou la fourniture de tout autre produit médical — cela signifierait que l'hôpital, peu importe son degré de prudence, peu importe si la possibilité de contamination par le sang n'aurait jamais pu être découverte, serait tenu responsable, quasiment comme un assureur, si quelque chose arrivait au patient si le sang est «contaminé» . . . [Je souligne.]

Bien que ces observations aient été faites à propos de la loi relative à la vente d'objets, elles s'appliquent également à une situation où une garantie implicite en common law est reconnue. Dans l'une et l'autre situation, le médecin serait tenu strictement responsable à l'égard des produits biologiques qu'il emploie pour le traitement, bien qu'il puisse lui être impossible de détecter les risques. Il

the effect of making physicians insurers of the biological substances that are used in medical procedures.

While it is true that the primary purpose of the implied warranty is to hold the supplier of goods liable notwithstanding the absence of negligence, different considerations apply in the context of the medical profession than in the ordinary commercial context. As Fuld J. observed (at p. 795):

The art of healing frequently calls for a balancing of risks and dangers to a patient. Consequently, if injury results from the course adopted, where no negligence or fault is present, liability should not be imposed upon the institution or agency actually seeking to save or otherwise assist the patient.

Furthermore, it should be noted that unlike in the ordinary commercial context, the doctor cannot trace the liability back to the initial manufacturer. Biological products are not manufactured goods in the same sense as commercial goods. The underlying rationale for the strict liability imposed under the *Sale of Goods Act* or by virtue of an implied warranty at common law does not apply to goods which are not manufactured in the ordinary sense. Absent negligence on the part of the donor (for example, if he knew he had AIDS), one would hardly expect that the respondent, in the present case, could recover from the donor for the semen contaminated with HIV, either under the *Sale of Goods Act* or under an implied warranty at common law. This is unlike a commercial contract where it would be open to a supplier to sue the manufacturer, even absent negligence on its part.

Moreover, it must be recognized that biological products such as blood and semen, unlike manufactured products, carry certain inherent risks. In some ways, these substances are inherently dangerous, although they are essential to medical procedures. Whether a doctor is trying to save a patient's life via a blood transfusion, or is simply attempting to assist a patient to become pregnant by AI, the physician cannot control the safety of these products beyond exhibiting the reasonable

deviendrait par le fait même l'assureur des substances biologiques utilisées pour les traitements.

Il est certes vrai que la garantie implicite a pour but principal d'attribuer une responsabilité au fournisseur d'objets même s'il n'a pas été négligent, mais ce ne sont pas les mêmes considérations qui s'appliquent dans le contexte des soins médicaux et dans celui du commerce. Comme le remarque le juge Fuld, à la p. 795:

[TRADUCTION] L'art de guérir exige fréquemment la pondération de divers risques et dangers auxquels le patient sera exposé. Par conséquent, si un préjudice résulte du moyen choisi, sans qu'il y ait eu négligence ni faute, il n'y a pas lieu d'imputer une responsabilité à l'établissement ou à l'organisme qui tente en fait de sauver ou d'aider le patient.

De plus, il convient de noter que, contrairement à ce qui se passe dans le monde du commerce, le médecin ne peut pas reporter la responsabilité sur le fabricant. Les produits biologiques ne sont pas des biens fabriqués au même titre que les marchandises. La raison d'être de la responsabilité stricte imposée sous le régime de la *Sale of Goods Act* ou en conformité avec une garantie implicite en common law ne s'applique pas aux objets qui ne sont pas fabriqués au sens propre. Sauf si le donneur a été négligent (par exemple, s'il savait qu'il était sidatique), on ne s'attend guère à ce que l'intimé, en l'espèce, puisse obtenir du donneur un dédommagement pour le sperme contaminé par le VIH, en application soit de la *Sale of Goods Act*, soit d'une garantie implicite en common law. Il en va autrement d'un contrat commercial qui permettrait au fournisseur de poursuivre le fabricant, même s'il n'a pas été négligent.

En outre, il faut reconnaître que les produits biologiques comme le sang et le sperme, contrairement aux produits fabriqués, impliquent certains risques inhérents. À certains égards, ce sont des substances intrinsèquement dangereuses, bien qu'elles soient essentielles au traitement. Qu'il cherche à sauver la vie de son patient par une transfusion sanguine ou qu'il tente simplement d'aider sa patiente à devenir enceinte en pratiquant l'IA, le médecin ne peut rien faire de plus pour

93

94

95

care expected of a professional to ensure that the biological substance is free from harmful viruses. By contrast, in the commercial world, the manufacturer has control over the goods. If they cannot be manufactured to be safe, then the products ought to be removed from the market. In medicine blood is essential to a variety of procedures in order to save lives. While arguably, AI is not in the same category as other life saving techniques, it is nonetheless a very important medical procedure. As long as the entire procedure does not amount to an unreasonable risk such that it ought not to be offered at all, the patient is entitled to weigh those risks and elect to proceed.

96

In *Fisher v. Sibley Memorial Hospital*, 403 A.2d 1130 (D.C. 1979), an action was commenced for injury suffered when a patient contracted hepatitis after a blood transfusion supplied by the hospital. It was not possible to detect the virus in the blood. The Court of Appeal held that the theories of implied warranty and merchantability and strict liability in tort had no place in the context of a hospital furnishing blood. At pages 1132-33, Gallagher J. held as follows:

“The activities involved in the transfusion of whole blood, a component of the living body, from one human being to another may be characterized as *sui generis* in that the sequence of events involve acts common to legal concepts of both a sale and a service. Moreover, it seems to us that under the facts in the case before us it would be unrealistic to hold that there is an implied warranty as to qualities of fitness of human blood on which no medical or scientific information can be acquired and in respect to which plaintiff’s physician has the same information, knowledge, and experience as the supplier.” (*Balkowitsch v. Minneapolis War Memorial Blood Bank, Inc.*, 270 Minn. 151, 132 N.W.2d 805, 811 (1965).)

We agree with those courts which hold that the furnishing of blood is more in the nature of a service than of a sale of goods. Treating blood transfusions as an

s’assurer que ces produits sont sans danger que de faire preuve de la prudence raisonnable requise du professionnel qui doit veiller à ce que la substance biologique soit exempte de virus. À l’opposé, dans le monde du commerce, c’est le fabricant qui décide de quoi ses produits seront composés. S’il ne peut fabriquer des produits sûrs, il doit les retirer du marché. En médecine, il est souvent essentiel d’utiliser du sang pour sauver des vies. Quoiqu’on puisse soutenir que l’IA n’entre pas dans la même catégorie que d’autres techniques permettant de sauver des vies, il s’agit néanmoins d’un traitement médical très important. Dans la mesure où le procédé dans son ensemble ne présente pas de risques excessifs qui justifient son abandon, la patiente a le droit de peser les risques et de choisir de s’y soumettre.

Dans *Fisher c. Sibley Memorial Hospital*, 403 A.2d 1130 (D.C. 1979), une action a été intentée pour le préjudice subi par un patient qui a contracté une hépatite à la suite d’une transfusion effectuée par l’hôpital. Il n’était pas possible de détecter le virus dans le sang. La Cour d’appel a décidé que les théories de la garantie implicite, de la qualité marchande et de la responsabilité stricte en droit de la responsabilité civile délictuelle étaient inapplicables dans le contexte de la fourniture de sang dans un hôpital. Le juge Gallagher a conclu, aux pp. 1132 et 1133:

[TRADUCTION] «Les activités que comporte la transfusion de sang entier, qui est un constituant de l’organisme vivant, d’une personne à une autre peuvent être qualifiées de *sui generis* en ce sens que, dans leur déroulement, elles comportent des actes communs aux concepts juridiques de vente et de service. Au surplus, il nous semble qu’étant donné les faits de l’espèce, il ne serait pas réaliste de conclure à l’existence d’une garantie implicite quant aux qualités d’adaptation à un usage particulier du sang humain, sur lequel aucune information médicale ou scientifique ne peut être obtenue et à l’égard duquel le médecin du demandeur possède la même information, les mêmes connaissances et la même expérience que le fournisseur.» (*Balkowitsch c. Minneapolis War Memorial Blood Bank, Inc.*, 270 Minn. 151, 132 N.W.2d 805, 811 (1965).)

Nous souscrivons au point de vue des tribunaux qui ont décidé que la fourniture de sang participe davantage d’un service que de la vente d’objets. Considérer les

incidental service performed by hospitals comports with reality, and with the policies underlying merchantability liability. Although theoretically a seller's inability to discover defects in the goods he sells is not relevant to a warranty cause of action, we cannot ignore the difficulty of detecting hepatitis in blood given the current state of medical knowledge. To characterize as a sale the supplying of blood would mean that the hospital, no matter how careful, would be held responsible, virtually as an insurer, if the patient were harmed as a result of impure blood. After balancing the safety of the individual with the interests of the hospital (in light of the absence of an adequate test to determine the presence of hepatitis in the blood) and the public interest in assuring the ready availability of blood for medical treatments, we are reluctant to extend . . . merchantability liability to a non-sale transaction by analogy or by characterizing the transaction as a sale. [Emphasis added.]

The court was of the view that it was unnatural to force a blood transfusion into the commercial sales mould since the main object of the hospital is health care and treatment. It was also noted that blood products are "unavoidably dangerous" (p. 1134) and the patient relies on the doctor's skill rather than any warranties of fitness.

I also find the case of *St. Luke's Hospital v. Schmaltz*, 534 P.2d 781 (Colo. 1975) to be persuasive. That case also involved a blood transfusion resulting in the patient contracting hepatitis. The court followed the reasoning in *Perlmutter* and rejected the imposition of strict liability in tort or on the basis of a warranty due to policy considerations. It was held that a realistic view of the relationship between a hospital and a patient is not that of a commercial transaction where a good is sold for a price. Rather, the patient bargains for the skill and materials of medical science in order to care

transfusions sanguines comme un service accessoire rendu par les hôpitaux s'accorde avec la réalité et avec les principes de la responsabilité à l'égard de la qualité marchande. Bien que, en théorie, l'incapacité du vendeur de découvrir les défauts des objets qu'il vend n'est pas pertinente quand il s'agit d'une action fondée sur la garantie, nous ne devons pas oublier la difficulté de détecter l'hépatite dans le sang, étant donné l'état actuel de la science médicale. Qualifier de vente la fourniture de sang signifierait que l'hôpital, si prudent soit-il, serait tenu responsable, quasiment comme un assureur, si le patient subissait un préjudice à cause d'un sang contaminé. Après avoir pondéré la sécurité de l'individu, d'une part, et les intérêts de l'hôpital (vu l'absence d'une méthode convenable pour déterminer la présence de l'hépatite dans le sang) et l'intérêt public en matière d'accessibilité de la transfusion sanguine comme procédé thérapeutique, d'autre part, nous sommes peu disposés à étendre [. . .] à une transaction qui n'est pas une vente la responsabilité à l'égard de la qualité marchande, soit en l'y appliquant par analogie, soit en qualifiant cette transaction de vente. [Je souligne.]

La cour était d'avis qu'il était anormal d'assimiler la transfusion sanguine à une vente commerciale car le but principal des hôpitaux est de prodiguer des soins et de traiter les malades. Elle a souligné en outre que les produits sanguins sont [TRADUCTION] «inévitavelmente dangereux» (p. 1134) et que le patient se fie à l'habileté du médecin plutôt qu'à toute garantie d'adaptation à un usage particulier.

J'estime également que la décision *St. Luke's Hospital c. Schmaltz*, 534 P.2d 781 (Colo. 1975) est convaincante. Cette affaire concernait aussi une transfusion sanguine par suite de laquelle le patient avait contracté une hépatite. La cour a suivi le raisonnement de l'arrêt *Perlmutter* et refusé, pour des considérations d'intérêt public, de conclure à la responsabilité stricte fondée sur le droit de la responsabilité délictuelle ou sur une garantie. Elle a décidé qu'appliquer à la relation entre un hôpital et un patient le concept de transaction commerciale par laquelle un bien est cédé contre un prix ne procédait pas d'une vision réaliste des choses. Le but du patient est en réalité de recourir au savoir-faire et aux moyens matériels de la science médicale pour guérir. Il n'est simplement pas réaliste de

for the patient's health. It is simply not realistic to view the furnishing of blood as a sale of a product.

99

Although the majority of American cases have followed *Perlmutter*, a few have criticized the policy analysis conducted. For example, in *Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital*, 266 N.E.2d 897 (Ill. 1970), the court again considered the situation of a patient who contracted hepatitis through a blood transfusion. The court rejected the idea that an implied warranty did not arise because no "sale" was involved. Notwithstanding that blood is not a manufactured article of commerce, the court considered it a product which is distributed for consumption. The blood was sold in a container and the court felt it was unreasonable not to conclude that there was a sale of goods which was divisible from the contract for services.

100

However, the vast majority of American cases have agreed that the policy considerations dictate that, in the context of the provision of medical services, medical professionals should not be held strictly liable under warranty for goods used in the provision of those services. In my view, the reasoning of the majority in *Perlmutter*, and the line of cases which follow it, is more apt in the Canadian context with respect to implied warranties at common law. Although, the American decisions did not deal with exactly this issue, the remarks made with respect to warranties under sale of goods legislation provide support for the view that it is inappropriate to imply a warranty in these circumstances under the common law.

101

I am, therefore, in agreement with the Court of Appeal's conclusion in the present case that it would be inappropriate to imply a warranty of fitness and merchantability in the circumstances of this case. As Cory J.A. observed in *G. Ford Homes*, courts should be very wary about implying terms of contracts and there may be circumstances which ought to exclude such a warranty. In the present case, the action against the respondent for injury resulting from the AI procedure should be

considérer la fourniture de sang comme la vente d'un produit.

Bien que la jurisprudence américaine soit en majorité conforme à l'arrêt *Perlmutter*, quelques décisions ont critiqué l'analyse des considérations générales sur laquelle elle repose. Par exemple, dans l'affaire *Cunningham c. MacNeal Memorial Hospital*, 266 N.E.2d 897 (Ill. 1970), la cour était une fois de plus saisie du cas d'un patient qui avait contracté une hépatite à la suite d'une transfusion sanguine. Elle a rejeté l'idée qu'il n'y avait pas de garantie implicite parce qu'il ne s'agissait pas d'une «vente». Quoique le sang ne soit pas un article fabriqué, la cour a estimé qu'il était un produit distribué en vue de la consommation. Le sang était vendu dans un contenant et la cour était d'avis qu'il était déraisonnable de ne pas conclure qu'il s'agissait d'une vente d'objets dissociable du contrat de services.

Toutefois, la vaste majorité des tribunaux américains sont d'accord pour dire que des considérations d'intérêt public commandent, dans le contexte de la fourniture de services médicaux, de ne pas retenir la responsabilité stricte des médecins au titre de la garantie des objets utilisés pour fournir ces services. À mon avis, le raisonnement de la majorité dans l'arrêt *Perlmutter*, et la jurisprudence qui l'a suivi, est plus pertinent dans le contexte canadien eu égard aux garanties implicites en common law. Bien que les décisions américaines ne portent pas exactement sur ce point en litige, les remarques faites relativement aux garanties prévues par la loi sur la vente d'objets corroborent le point de vue selon lequel il n'est pas opportun de conclure à une garantie implicite en common law dans de telles circonstances.

Je souscris donc à la conclusion de la Cour d'appel qu'il n'y a pas lieu, étant donné les circonstances de la présente espèce, d'appliquer une garantie implicite de qualité marchande et d'adaptation à un usage particulier. Comme le fait observer le juge Cory dans l'arrêt *G. Ford Homes*, les tribunaux doivent agir avec beaucoup de circonspection avant de conclure à l'existence d'une condition implicite dans un contrat et il peut y avoir des circonstances susceptibles d'exclure la garan-

confined to negligence. I would adopt the following conclusion of the Court of Appeal at p. 85:

In the face of the American experience, we are unable to identify any policy reason why a physician should face stricter liability for “goods” which are furnished to a patient in the course of medical service than he or she would be for any lack of professional care and skill which must be brought to every healing or treating engagement.

I note that even if I am wrong in my conclusion that a warranty should not be implied in the circumstances of this case, I would hold, as the trial judge did, that any warranty would simply be to take reasonable care. In other words, if the parties intended that there be any contractual warranty, the nature of the warranty in this case would simply be to the effect that the respondent exercise diligence and care in performing the AI and selecting the donors. The contract was primarily one for medical services and parties would not have contemplated that the respondent would warrant the success of the procedure nor that the semen would not be contaminated with an STD. As the trial judge stated, the respondent “undertakes to meet the standards of a reasonably competent person practicing in his field”. It would be unreasonable to hold the respondent to any higher standard.

In the result, the appellant’s argument that there was an implied warranty at common law that the donor’s semen would not be infected with HIV must also fail.

C. *The Rough Upper Limit on Non-Pecuniary Damages*

In *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*, this Court established a rough upper limit for non-pecuniary damages of \$100,000. In *Lindal*, *supra*, it was recognized that it was appropriate to take into account the effect of inflation and thus, the upper limit could vary with changing economic conditions, including the decrease in purchasing power caused by inflation. Thus, at the time of the

tie. En l’espèce, le fondement de la responsabilité de l’intimé à l’égard du préjudice résultant de l’IA doit être limité à la négligence. Je ferais mienne la conclusion qui suit de la Cour d’appel (à la p. 85):

[TRADUCTION] Étant donné l’expérience américaine, nous ne pouvons trouver aucune raison de principe pour laquelle un médecin devrait assumer une responsabilité plus lourde quand il fournit des «objets» à un patient en lui prodiguant des soins que lorsqu’il ne fait pas preuve de la prudence et de l’habileté qui s’imposent chaque fois qu’il accepte de soigner ou de traiter quelqu’un.

Je ferai remarquer que, même si je concluais à tort qu’il ne convient pas d’admettre une garantie implicite dans les circonstances de l’espèce, je suis d’avis, comme le juge de première instance, que toute garantie ne se résumerait qu’à une garantie de prudence raisonnable. Autrement dit, si l’intention des parties avait été de stipuler une garantie, elle aurait consisté simplement dans la promesse de l’intimé de pratiquer l’IA et de sélectionner les donneurs avec diligence et prudence. Le contrat portait principalement sur des services médicaux et les parties ne se seraient pas attendues à ce que l’intimé garantisse le succès du traitement ou garantisse que le sperme ne serait pas contaminé par une MTS. Comme l’a dit le juge de première instance, l’intimé [TRADUCTION] «s’engage à satisfaire aux normes qui régissent l’activité d’une personne raisonnablement compétente dans sa sphère professionnelle». Il serait déraisonnable d’astreindre l’intimé à une norme plus rigoureuse.

En conséquence, il y a lieu de rejeter aussi l’argument de l’appelante qu’il existe une garantie implicite en common law que le sperme du donneur ne sera pas contaminé par le VIH.

C. *Le plafond approximatif des dommages-intérêts non pécuniaires*

Dans *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité, notre Cour a établi un plafond approximatif de 100 000 \$ au titre des dommages-intérêts non pécuniaires. Dans *Lindal*, précité, il a été reconnu qu’il convenait de tenir compte de l’inflation et que, par conséquent, le plafond pouvait être adapté selon les fluctuations des conditions économiques, y compris la diminution du pouvoir

102

103

104

present case, the rough upper limit was approximately \$240,000. However, the jury awarded non-pecuniary damages of \$460,000. The Court of Appeal held that the non-pecuniary damages could not exceed the rough upper limit and a new trial was ordered to assess damages in general. The Court of Appeal did not hold that the trial judge was necessarily in error for failing to charge the jury on the upper limit, in light of the views expressed by counsel. However, if a jury is not given such an instruction, the damages award must be corrected in order to conform with the jurisprudence.

d'achat due à l'inflation. C'est ainsi que le plafond approximatif était, au moment de la présente instance, de 240 000 \$. Toutefois, le jury a accordé une somme de 460 000 \$ au titre des pertes non pécuniaires. La Cour d'appel a décidé que les dommages-intérêts non pécuniaires ne pouvaient pas dépasser le plafond approximatif et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard de la question des dommages-intérêts en général. Elle n'a pas conclu que le juge de première instance avait nécessairement commis une erreur en ne donnant pas de directive au jury relativement au plafond, étant donné les observations faites par les avocats. Toutefois, si le jury n'a pas reçu de directive, il y a lieu d'ajuster le montant des dommages-intérêts accordés en tenant compte de la jurisprudence.

105 There are two issues which must be addressed. First, whether this was one of those exceptional cases referred to in *Andrews* such that the rough upper limit ought not to have been applied. Secondly, whether the trial judge ought to have charged the jury to consider the upper limit when assessing non-pecuniary damages. The appellant submits that this case is unique and that the non-pecuniary damages should be permitted to exceed the limit.

Deux questions doivent être étudiées. Premièrement, s'agit-il de l'un de ces cas exceptionnels visés dans l'arrêt *Andrews* où il ne convient pas d'appliquer le plafond approximatif? Deuxièmement, le juge de première instance aurait-il dû donner une directive au jury concernant le plafond applicable aux dommages non pécuniaires? L'appelante soutient qu'il s'agit d'un cas exceptionnel et qu'il serait justifié d'accorder un montant plus élevé.

106 In *Andrews*, this Court set out the rationale for the upper limit placed on the assessment of non-pecuniary damages for pain and suffering. It is simply impossible to put a money value on the non-pecuniary losses which have been suffered by the plaintiff. Therefore, the award of non-pecuniary damages "is a philosophical and policy exercise more than a legal or logical one" (p. 261). This Court has adopted the "functional" approach to assessing such damages. That is, rather than attempting to evaluate the loss of happiness, non-pecuniary damages seek to provide the plaintiff with reasonable solace for the misfortune suffered. Money acts as a substitute for the pleasure and enjoyment which has been lost and endeavours to alleviate, as far as possible, the pain and suffering

Dans *Andrews*, notre Cour a énoncé le principe sur lequel repose le plafond fixé pour l'évaluation du préjudice non pécuniaire au titre de la souffrance physique et morale. Il est simplement impossible d'évaluer en termes pécuniaires les pertes non pécuniaires subies par le demandeur. Par conséquent, la fixation du montant des dommages-intérêts non pécuniaires «est plus un exercice philosophique et social qu'un exercice juridique ou logique» (p. 261). Notre Cour a adopté l'approche «fonctionnelle» pour l'évaluation de ces dommages-intérêts. Au lieu d'évaluer en termes pécuniaires la perte des agréments de la vie, elle fixe les dommages-intérêts qui seront suffisants pour fournir au demandeur une consolation raisonnable pour ses malheurs. L'argent sert à substituer d'autres agréments et plaisirs à ceux qui ont été perdus et il a pour but d'alléger le plus possible

that the plaintiff has endured and will have to endure in the future.

The amount of the award depends on the ability of money to ameliorate the condition of the victim in his or her particular situation. Non-pecuniary damages should only be awarded to the extent that they can serve a useful purpose by providing an alternative source of satisfaction.

However, as Dickson J. observed in *Andrews*, once non-pecuniary damages are viewed from a functional perspective, excessively large amounts should not be awarded once an individual is fully compensated in terms of future care and other pecuniary losses. Awards for non-pecuniary loss are inherently arbitrary or conventional. Therefore, once the future care of the plaintiff is adequately addressed, it is more appropriate to consider policy issues in limiting damage awards. In particular, the social burdens of excessive awards must be considered, as extravagant claims can pose a significant burden on society. In fact, in *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, it was observed that the real social cost of exorbitant damage awards had been particularly evident in the United States with respect to medical malpractice cases. In *Lindal*, this Court reiterated the sentiments expressed in the *Andrews* trilogy, recognizing that the claim for non-pecuniary damages in the case of a severely injured plaintiff can potentially be limitless.

In *Lindal*, the Court refused to exceed the upper limit for non-pecuniary damages even though the injuries were arguably even more severe than those suffered in *Andrews*. Given that the upper limit is merely a rough and somewhat arbitrary cap on non-pecuniary damages, an award exceeding the limit is not justified simply because an injury is

la douleur physique et morale, passée et à venir, du demandeur.

Le montant de l'indemnité dépend de la mesure dans laquelle l'argent peut améliorer la situation de la victime compte tenu de son état. Des dommages-intérêts non pécuniaires ne doivent être accordés que lorsqu'ils peuvent avoir une certaine utilité en donnant au demandeur une autre source de satisfaction.

Toutefois, comme le fait observer le juge Dickson dans l'arrêt *Andrews*, si l'on considère l'indemnisation du préjudice non pécuniaire selon la conception fonctionnelle, on ne peut accorder un montant très élevé à la victime qui a été entièrement indemnisée pour les soins futurs et les autres pertes pécuniaires. Les indemnités pour les pertes non pécuniaires sont fondamentalement des sommes arbitraires ou conventionnelles. Par conséquent, une fois que la cour s'est assurée que le demandeur sera en mesure d'obtenir les soins nécessaires dans l'avenir, il est plus opportun qu'elle prenne en considération les questions d'intérêt public dans l'établissement du plafond de l'indemnité accordée. En particulier, elle doit tenir compte du fardeau social que représentent les indemnités excessives, car les réclamations extravagantes peuvent constituer un fardeau important pour la société. En fait, dans *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, la cour a fait remarquer que la charge sociale réelle des indemnités exorbitantes est particulièrement évidente aux États-Unis dans les affaires de responsabilité médicale. Dans *Lindal*, notre Cour a réitéré l'opinion exprimée dans la trilogie *Andrews*, reconnaissant qu'il n'y a quasiment pas de limite à ce qu'un demandeur gravement blessé peut réclamer en dommages-intérêts pour préjudice non pécuniaire.

Dans *Lindal*, notre Cour a refusé de dépasser le plafond établi pour les dommages-intérêts non pécuniaires, bien que les blessures aient peut-être été plus graves que celles du demandeur dans *Andrews*. Étant donné que le plafond n'est qu'une limite approximative et un peu arbitraire fixée aux dommages-intérêts non pécuniaires, une indemnité dépassant le plafond n'est pas justifiée simplement parce qu'une blessure est plus grave que celles en

107

108

109

more serious than those in the trilogy of cases. As Dickson J. stated in *Lindal* (at pp. 642-43):

It is true that the Court in *Andrews* spoke of exceeding the limit of \$100,000 in "exceptional circumstances". The variety of possible fact situations is limitless, and it would be unwise to foreclose the possibility of ever exceeding the guideline of \$100,000. But, if the purpose of the guideline is properly understood, it will be seen that the circumstances in which it should be exceeded will be rare indeed. We award non-pecuniary damages because the money can be used to make the victim's life more bearable. The limit of \$100,000 was not selected because the plaintiff could only make use of \$100,000 and no more. Quite the opposite. It was selected because without it, there would be no limit to the various uses to which a plaintiff could put a fund of money. The defendant, and ultimately, society at large, would be in the position of satisfying extravagant claims by severely injured plaintiffs.

110

In my view, the above passage adequately addresses the arguments of the appellant in the present case. Essentially, she contends that the evidence demonstrated the uses to which the money could be put. However, this is not a proper rationale supporting an award of non-pecuniary damages in excess of the limit. There is no doubt that the appellant has suffered immensely as a result of this tragedy. It is also apparent that AIDS is a dreadful disease which will eventually take the life of the appellant prematurely. However, with respect to non-pecuniary losses, I do not believe that the present case is any different than other tragedies, such as those which befell the plaintiffs in the *Andrews* trilogy. I agree with the following comments of the Court of Appeal (at p. 87):

While recognizing that the Plaintiff's injuries are markedly different in kind from those under consideration in the trilogy, we cannot conclude that the principle adopted by the Supreme Court of Canada, aimed at controlling the social burden of damage awards, should not be applied in this case. It follows, in our view, that the Plaintiff's non-pecuniary damages cannot exceed the adjusted rough upper limit.

cause dans la trilogie. Comme le dit le juge Dickson dans l'arrêt *Lindal*, aux pp. 642 et 643:

Il est vrai que dans l'arrêt *Andrews*, la Cour a parlé de la possibilité de dépasser la limite de \$100,000 dans des «circonstances exceptionnelles». On peut imaginer une variété infinie de situations, et il ne serait pas sage d'écartier à tout jamais la possibilité de dépasser les \$100,000. Mais, à condition de bien en comprendre l'objet, on verra que les circonstances où il y aura lieu de la dépasser seront très rares. On indemnise une victime du préjudice non pécuniaire parce que l'argent peut servir à lui rendre la vie plus supportable. Le plafond de \$100,000 n'a pas été choisi parce que c'est là le maximum dont le demandeur peut se servir. Bien au contraire. On l'a choisi parce que, s'il n'existait pas, il n'y aurait pas de limite aux diverses fins auxquelles un demandeur pourrait faire servir un fonds. Le défendeur et, en dernière analyse, la société en général, se trouveraient dans la situation où ils devraient satisfaire à des réclamations extravagantes de la part de demandeurs gravement blessés.

À mon avis, le passage précité répond bien aux arguments de l'appelante en l'espèce. Essentiellement, elle prétend que la preuve montre les fins auxquelles l'argent pourrait servir. Toutefois, cela ne justifie pas l'attribution de dommages-intérêts non pécuniaires plus élevés que le plafond. Il n'y a pas de doute que l'appelante a souffert énormément à cause de cette tragédie. Il est évident aussi que le sida est une maladie terrible qui provoquera la mort prématurée de l'appelante. Toutefois, en ce qui concerne les pertes non pécuniaires, je ne pense pas que la tragédie en l'espèce soit différente d'autres comme celles qui ont frappé les demandeurs dans la trilogie *Andrews*. Je souscris aux observations faites par la Cour d'appel, à la p. 87:

[TRADUCTION] Tout en reconnaissant que le préjudice corporel de la demanderesse est de nature sensiblement différente de celle du préjudice en cause dans la trilogie, nous ne pouvons pas conclure que le principe adopté par la Cour suprême du Canada en vue de limiter le fardeau social que représentent les dommages-intérêts accordés ne doit pas être appliqué en l'espèce. Il s'ensuit, à notre avis, que les dommages-intérêts non pécuniaires de la demanderesse ne peuvent pas dépasser le plafond approximatif ajusté.

The second question which arises with respect to non-pecuniary damages is whether the trial judge ought to have charged the jury on the upper limit. This is a difficult question because, on the one hand, in a case in which a jury would not have awarded damages in the range of the upper limit, the jury will be unduly influenced by an instruction that refers to a higher figure. On the other hand, it seems wrong not to advise the jury in an appropriate case that as a matter of law and policy, there is a limit. The jury may struggle for nought with the assessment only to learn later that their labours were in vain. Moreover, judges are permitted, and indeed required, to give the jury guidance as to the proper conventional figure. In *Crosby v. O'Reilly*, [1975] 2 S.C.R. 381, Laskin C.J., for the Court, stated, at pp. 386-87:

I cannot agree with the Alberta Appellate Division that where a survival action for the benefit of a deceased's estate is tried by judge and jury the jury should be instructed as a matter of law that \$10,000 is the present upper limit of an award. I do not think that damages can be so exactly defined by putting them on the basis of a legal limitation. At the same time, it is only common sense, where an appellate court is to have the final say on what is a proper conventional figure, that the jury be given careful guidance lest the result be, as here, an extravagant figure leading to successive appeals at a risk of costs that will eat up the ultimate award. Rather than fix the direction as one of law governing the upper limit of an award, the trial judge should direct the jury, in the light of the evidence respecting the deceased in all of his or her qualities, mode of life and prospects, in the light of age and physical condition, that a figure beyond a particular sum, which may be less than \$10,000, may be regarded as excessive.

It would be impossible for a trial judge to comply with this instruction with any degree of intellectual honesty and not mention that there is an upper limit. Indeed, the statement by Laskin C.J. clearly implies that if an upper limit had existed, the jury should be told about it.

La seconde question qui se pose à l'égard des dommages-intérêts non pécuniaires est de savoir si le juge de première instance aurait dû donner une directive au jury concernant le plafond. C'est une question difficile car, d'une part, dans une affaire où il n'aurait pas accordé des dommages-intérêts approchant le plafond indiqué, le jury aurait été influencé indûment par une directive mentionnant un montant plus élevé. D'autre part, il semble contre-indiqué de ne pas informer le jury lorsque le cas s'y prête de l'existence d'un plafond établi pour des raisons de droit et d'intérêt public. Le jury peut se donner beaucoup de mal pour arriver à une évaluation pour finalement apprendre que ses efforts ont été inutiles. En outre, les juges ont le pouvoir, sont même tenus, de donner au jury des indications au sujet du montant qu'il conviendrait d'accorder. Dans *Crosby c. O'Reilly*, [1975] 2 R.C.S. 381, le juge en chef Laskin dit, au nom de la Cour, aux pp. 386 et 387:

Je ne peux être d'accord avec la Division d'appel de l'Alberta que lorsqu'une action de survivance en faveur de la succession d'un *de cuius* est instruite devant un juge et un jury il faille dire au jury, comme question de droit, que la somme de \$10,000 représente actuellement la limite maximale de l'indemnité. Je ne pense pas qu'on puisse définir des dommages de manière aussi exacte en leur imposant une limite juridique. Par ailleurs, lorsqu'une cour d'appel doit avoir le dernier mot sur ce qu'est le chiffre approprié qu'il est convenu de fixer, il est tout à fait normal qu'on guide avec soin le jury pour éviter qu'il n'aboutisse, comme ici, à un chiffre extravagant propre à faire l'objet d'appels successifs qui risquent d'avaloir complètement l'indemnité finale. Plutôt que de fixer, comme une question de droit, la limite maximale d'une indemnité, le juge de première instance devrait dire au jury, à la lumière de la preuve concernant le *de cuius*, homme ou femme, dans toutes ses qualités, manière de vivre et perspectives d'avenir, à la lumière de son âge et de son état de santé, qu'un chiffre excédant une certaine somme, pouvant être inférieure à \$10,000, peut être considéré comme excessif.

Il serait impossible à un juge de suivre cette directive avec le minimum d'honnêteté intellectuelle et de ne pas mentionner de plafond. En effet, les propos du juge en chef Laskin laissent clairement entendre que si un plafond avait existé, le jury aurait dû en être informé.

112 Accordingly, in my view, the trial judge should instruct the jury as to an upper limit, if, after considering the submissions of counsel, he or she is of the opinion that the damages by reason of the type of injury sustained might very well be assessed in the range of or exceeding the upper limit. The instructions may include an explanation of the reason for the cap.

113 On the other hand, if the trial judge is of the view that the injuries involved will not likely produce an award approaching the rough upper limit, it is best that the trial judge not charge the jury on the matter. The upper limit, like any other matter of law, need not be placed before the jury where the issue does not reasonably arise on the facts of the case.

114 Whether the jury is or is not advised of the upper limit, if the award exceeds the limit, the trial judge should reduce the award to conform with the "cap" set out in the trilogy and adjusted for inflation. While a trial judge does not sit in appeal of a jury award, the trilogy has imposed as a rule of law a legal limit to non-pecuniary damages in these cases. It would be wrong for the trial judge to enter judgment for an amount that as a matter of law is excessive. While it is true that the matter can be corrected on appeal, an appeal may be unnecessary if the correct amount is fixed at trial.

115 In the present case, counsel for the respondent submitted that this was not a case which would approach the upper limit. However, it was submitted that the jury should be instructed on the limit if the appellant's counsel or the trial judge felt otherwise. Counsel for the appellant did not request that the trial judge charge the jury on the upper limit. In these circumstances, I agree with the Court of Appeal that it was reasonable for the trial judge not to give an instruction on the upper limit. However, since the damages awarded for non-pecuniary losses far exceeded the upper limit, the trial judge

En conséquence, je suis d'avis que le juge de première instance devrait donner une directive au jury relativement à l'existence d'un plafond, si, après avoir étudié les observations des avocats, il estime que les dommages-intérêts, en raison du type de préjudice subi, pourraient très bien être fixés à un montant qui approche le plafond ou le dépasse. Les directives peuvent comporter une explication des considérations qui ont motivé l'établissement d'un plafond.

En revanche, si le juge de première instance est d'avis qu'il y a peu de chances qu'une indemnité approchant le plafond approximatif soit accordée, étant donné la nature du préjudice, il vaut mieux ne pas donner de directive au jury sur ce point. Il n'est pas nécessaire de faire d'exposé au jury sur le plafond établi, comme sur toute autre question de droit, si la question ne se pose pas raisonnablement au vu des faits de l'espèce.

Qu'il informe ou non le jury de l'existence du plafond, le juge doit réduire l'indemnité accordée si elle dépasse le plafond établi dans la trilogie, ajusté en fonction de l'inflation. Bien que le juge de première instance ne joue pas le rôle d'une juridiction d'appel à l'égard du verdict du jury, la trilogie a fixé, en tant que règle de droit, une limite aux dommages-intérêts non pécuniaires qui peuvent être accordés dans ce type d'affaire. Il aurait tort d'inscrire dans le jugement une somme qui, en droit, est excessive. Certes, la question peut être corrigée en appel, mais l'appel peut s'avérer inutile si le montant convenable a été accordé au procès.

En l'espèce, l'avocat de l'intimé a soutenu que l'indemnité n'était pas susceptible d'approcher le plafond. Toutefois, il a affirmé qu'il y avait lieu d'informer le jury de l'existence du plafond, si l'avocat de l'appelante ou le juge de première instance ne partageait pas son avis. L'avocat de l'appelante n'a pas demandé au juge de donner une directive au jury concernant le plafond. Vu les circonstances, je suis d'avis, comme la Cour d'appel, qu'il était raisonnable que le juge ne donne pas de directive relativement au plafond. Toutefois, comme les dommages-intérêts accordés au titre

ought to have reassessed the award in accordance with the *Andrews* trilogy.

In light of the fact that a new trial will be ordered with respect to the issues surrounding liability, I agree that the issue of non-pecuniary damages should also be dealt with by the jury. Given that the jury at the first trial assessed the damages in excess of the limit, it will be appropriate for the trial judge to charge the jury with respect to the upper limit at the new trial.

The Court of Appeal also ordered a new trial on the issue of damages generally. The Court merely stated that it was not satisfied that the damages for the past and future income losses and the future care costs were properly assessed. The Court of Appeal did not explain on what basis it found the assessment to be lacking. However, the appellant did not argue that the Court of Appeal was in error with respect to ordering a new trial on these pecuniary damages. In her factum, however, the appellant does seek an order that the jury's awards for non-pecuniary damages and for past and future wage loss be confirmed.

Given that the appellant has not demonstrated any error with respect to the Court of Appeal's conclusions on damages, I am not inclined to interfere with the Court of Appeal's holding that there should be a new trial on the issue of damages in general.

VI. Disposition

In the result, the appeal is dismissed with costs and the judgment of the Court of Appeal is affirmed. The new trial will be limited to: (1) a determination of the issue of negligence other than the allegation relating to the first aspect of the claim based on the defendant's lack of knowledge of the risk of HIV infection by A1, and (2) an assessment of damages in general in respect of the

des pertes non pécuniaires excédaient de beaucoup le plafond, le juge de première instance aurait dû réévaluer l'indemnité conformément aux principes de la trilogie *Andrews*.

Étant donné que la tenue d'un nouveau procès sera ordonnée relativement aux questions de responsabilité, je suis d'accord pour dire que la question des dommages-intérêts non pécuniaires devrait elle aussi être tranchée par le jury. Vu que le jury au premier procès a fixé les dommages-intérêts à une somme supérieure au plafond, il est opportun que le juge président le nouveau procès donne une directive au jury au sujet de ce plafond.

La Cour d'appel a également ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la question des dommages-intérêts en général. Elle a simplement dit qu'elle n'était pas convaincue que les dommages-intérêts pour les pertes de revenus passés et futurs et pour le coût des soins futurs avaient été bien évalués. Elle n'a pas expliqué pour quels motifs elle avait estimé que l'évaluation était erronée. Toutefois, l'appelante n'a pas prétendu que la Cour d'appel avait commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès concernant ces dommages-intérêts pécuniaires. Dans son mémoire, l'appelante sollicite cependant une ordonnance portant confirmation de l'indemnité accordée par le jury pour les dommages-intérêts non pécuniaires et pour les pertes de revenus passés et futurs.

Vu que l'appelante n'a pas démontré que les conclusions de la Cour d'appel sur les dommages-intérêts étaient erronées, je ne suis pas enclin à modifier la conclusion de la Cour d'appel qu'il y a lieu de tenir un nouveau procès sur la question des dommages-intérêts en général.

VI. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens et le jugement de la Cour d'appel est confirmé. Le nouveau procès sera limité à ce qui suit: (1) la question de la négligence, sauf l'allégation relative au premier aspect de la prétention fondée sur l'ignorance par le défendeur du risque de transmission du VIH par l'IA; (2) l'évaluation des dommages-intérêts en général à l'égard de l'allégation

116

117

118

119

claim in negligence. With respect to non-pecuniary general damages, the trial judge should instruct the jury on the upper limit in accordance with the principles in the *Andrews* trilogy and *Lindal*.

120 It will also not be open to the appellant to raise the issues relating to warranties under the *Sale of Goods Act*, at common law or by virtue of the Information Sheet. These issues have been resolved in this appeal.

The following are the reasons delivered by

121 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of my colleague Justice Sopinka and, save for one point, I generally agree with them as well as with his disposition of the appeal. The issue on which I part ways with my colleague concerns the trial judge's instruction to the jury on the upper limit of non-pecuniary damages.

122 According to my colleague, the trial judge should instruct the jury on such upper limit if he or she believes that the damages "might very well be assessed in the range of or exceeding the upper limit", as opposed to that not being "likely" (paras. 112-113). Two arguments are relied on to support this position: first, the possibility of wasting the jury's time absent such instruction, and second, the impossibility for the trial judge to guide the jury, in light of the evidence, as to a proper conventional figure of damages, without mentioning the upper limit. In my view, these arguments are not persuasive.

123 It has always been held improper for the trial judge or counsel to express any views as to the quantum of damages. This is echoed by the well-established principle that the amount of damages is a question of fact for the jury to determine, and not a question of law for the judge: *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 298, s. 6. By holding that the judge should instruct the jury as to the upper limit of non-pecuniary damages, my colleague is indirectly making their assessment a question of law.

de négligence. Quant aux dommages-intérêts généraux non pécuniaires, le juge doit donner une directive au jury relativement au plafond en conformité avec les principes énoncés dans la trilogie *Andrews* et dans l'arrêt *Lindal*.

L'appelante ne pourra pas non plus soulever les questions concernant les garanties soit visées par la *Sale of Goods Act*, soit reconnues en common law ou découlant de la fiche de renseignements. Ces questions ont été résolues dans le présent pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Sopinka et, sauf sur un point, je partage son avis ainsi que sa conclusion quant à l'issue du présent pourvoi. Le point sur lequel nous divergeons d'opinion a trait aux directives du juge au jury au sujet de la limite en matière de dommages-intérêts non pécuniaires.

Selon mon collègue, le juge de première instance devrait donner une directive au jury relativement à l'existence d'une telle limite s'il estime que les dommages-intérêts «pourraient très bien être fixés à un montant qui approche le plafond ou le dépasse», par opposition à la situation où il serait d'avis qu'il y a «peu de chances» qu'il en soit ainsi (par. 112 et 113). Il invoque deux arguments à l'appui de cette position: en premier lieu, la possibilité qu'en l'absence d'une telle directive le jury perde son temps et, en second lieu, l'impossibilité pour le juge de première instance de guider le jury, à la lumière de la preuve, sur le montant approprié qu'il convient de fixer, sans faire mention de cette limite. Ces arguments sont, à mon avis, peu convaincants.

On a toujours jugé inapproprié pour le juge de première instance ou les avocats d'exprimer une opinion au sujet du montant des dommages-intérêts. C'est ce qu'exprime le principe bien établi selon lequel le montant des dommages-intérêts est une question de fait qui relève du jury, et non une question de droit du ressort du juge: *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 298, art. 6. En tenant que le juge devrait donner une directive au jury relativement à la limite établie en matière de dom-

In my view, it is impossible to reconcile this approach with the separate functions performed by judge and jury. For instance, as my colleague puts it, “in a case in which a jury would not have awarded damages in the range of the upper limit, the jury will be unduly influenced by an instruction that refers to a higher figure” (para. 111). Moreover, as a result, the benefit of the trial by jury is lost, namely the value of the independent judgment of lay people. In that light, economic considerations, such as the time and the cost involved in the jury’s determination of the quantum of damages, are irrelevant. As well, as the Ontario Court of Appeal stated in *Gray v. Alanco Developments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 652, at p. 656:

To permit the trial Judge to express such an opinion would be to sanction the admission of opinion evidence unsupported by qualified evidence but based solely upon the Judge’s personal experience derived from the evidence or verdicts in other cases. This would be tantamount to countenancing his usurpation of functions committed exclusively to the jury.

These considerations have not been challenged by the *Andrews* trilogy (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267, and *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287). The establishment of an upper limit for non-pecuniary damages only affects the quantum of the awards, not the way in which they are determined. Nowhere was it mentioned that it is incumbent on the trial judge to instruct the jury as to such upper limit. Therefore, the existence of an upper limit as a matter of law remains consistent with not instructing the jury as to such upper limit.

Moreover, in light of my colleague’s arguments, I am unable to see why the jury should be charged on the upper limit in this case, but not in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130. In *Hill*, this Court decided that there would

gages-intérêts non pécuniaires, mon collègue transforme indirectement leur évaluation en une question de droit. Il est impossible, selon moi, de concilier cette approche avec le partage des tâches entre juge et jury. Ainsi, comme mon collègue lui-même l’affirme, «dans une affaire où il n’aurait pas accordé des dommages-intérêts approchant le plafond indiqué, le jury aurait été influencé indûment par une directive mentionnant un montant plus élevé» (par. 111). En conséquence et par surcroît, le bénéfice d’un procès par jury sera perdu, soit la valeur du jugement indépendant de simples citoyens. Vues sous cet angle, les considérations économiques, tels le temps et les coûts liés à l’évaluation par le jury du montant des dommages-intérêts, ne sont pas pertinentes. De plus, comme l’a affirmé la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Gray c. Alanco Developments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 652, à la p. 656:

[TRADUCTION] Permettre au juge de première instance d’exprimer une telle opinion serait sanctionner l’utilisation d’une preuve sous forme d’opinion non appuyée par des témoignages d’experts, mais fondée uniquement sur l’expérience personnelle du juge à partir d’éléments de preuve ou de verdicts tirés d’autres affaires. Cela équivaudrait à sanctionner l’usurpation par ce dernier des fonctions qui appartiennent exclusivement au jury.

Ces considérations n’ont pas été remises en cause par la trilogie *Andrews* (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267, et *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287). L’établissement d’une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires ne touche que le montant des dommages-intérêts, et non la façon dont ils sont déterminés. Il n’est nulle part fait mention que le juge de première instance est tenu de donner une directive au jury relativement à l’existence d’une telle limite. Par conséquent, l’existence d’une limite comme question de droit demeure compatible avec le fait que le juge s’abstienne d’en faire mention au jury.

En outre, eu égard aux arguments de mon collègue, je ne puis comprendre pourquoi le jury devrait être avisé de l’existence d’une limite en l’espèce, mais qu’il n’avait pas à l’être dans *Hill c. Église de Scientology de Toronto*, [1995] 2 R.C.S.

not be a cap on damages for defamation. Particular emphasis was placed on the fact that the injury suffered by a plaintiff as a result of libellous statements is markedly different from the kind of injury the Court was concerned with in *Andrews, supra*, namely severe physical injuries resulting from a motor vehicle accident. In my opinion, the same reasoning must prevail in cases involving other types of injuries, including HIV contamination during an artificial insemination procedure, as in this case. By suggesting that the jury be instructed on the upper limit of non-pecuniary damages, my colleague is in fact muzzling the jury, and, in so doing, institutionalizing the status quo in that novel area of the law, independently of evolving economics and other considerations.

126

Indeed, when it comes to damages, no figure will ever be "right": the trial judge is not in a better position than the jury to determine the quantum of damages, nor the range in which they might be assessed. It is not to say that jury awards are entitled to complete deference. If an award is excessive, I share my colleague's opinion that the judge should reduce it to an amount that he or she believes is appropriate on the facts of the case in order to avoid an otherwise unnecessary appeal. The jury's discretion in reaching that award, however, must be left unfettered. In my view, this system deals adequately with the guidelines established by the trilogy.

127

In the present case, there is not an iota of evidence before the trial judge, the Court of Appeal, or this Court as to the inadequacy of this system. Before this Court, only a brief mention was made by the respondent in his factum, as an alternative argument, as to the desirability of adopting the system my colleague Sopinka J. suggests. At the hearing, the issue was not discussed. In his reasons, my colleague does not bring forward any data to demonstrate that there is a crisis in Canada with respect to extravagant jury awards for non-

1130. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu qu'il n'y aurait pas de limite en matière de dommages-intérêts pour diffamation. On a souligné particulièrement le fait que le préjudice subi par le demandeur par suite de déclarations diffamatoires est très différent du type de préjudice que notre Cour était appelée à évaluer dans l'arrêt *Andrews*, précité, soit des blessures graves subies lors d'un accident d'automobile. À mon avis, le même raisonnement devrait s'appliquer dans les affaires comportant d'autres types de préjudices, y compris la contamination par le VIH au cours d'une insémination artificielle, comme en l'espèce. En suggérant que le jury reçoive des instructions relativement à l'existence d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires, mon collègue bâillonne en fait le jury et, ce faisant, institutionnalise le statu quo dans ce nouveau domaine du droit, indépendamment de l'évolution de facteurs économiques et autres.

En fait, en matière de dommages-intérêts, aucun montant ne sera jamais «juste»: le juge de première instance n'est pas en meilleure position que le jury pour déterminer le montant des dommages-intérêts, ni dans quelle marge il devrait se situer. Cela ne veut toutefois pas dire que les indemnités accordées par jury doivent être acceptées inconditionnellement. Si une somme accordée est excessive, je partage l'avis de mon collègue que le juge devrait la réduire à un montant qu'il estime approprié, compte tenu des faits de l'espèce, afin d'éviter un appel par ailleurs inutile. Le pouvoir discrétionnaire du jury de déterminer cette indemnité doit demeurer intact. À mon avis, ce système est adéquat en ce qui concerne les lignes directrices établies par la trilogie.

Dans le présent pourvoi, il n'y a aucun iota de preuve devant le juge de première instance, la Cour d'appel ou notre Cour établissant que ce système est inapproprié. Devant notre Cour, il a uniquement été fait brièvement mention dans le mémoire de l'intimé, à titre de moyen subsidiaire, de l'opportunité d'adopter le système proposé par mon collègue le juge Sopinka. Ce point n'a pas été abordé à l'audience. Dans ses motifs, mon collègue n'apporte aucune donnée susceptible de démontrer l'existence au Canada d'une crise liée

pecuniary damages, which would encourage this Court to modify the law. Nevertheless, on this fragile basis, he advocates a profound change of the law.

It is important to recall the context in which this issue must be resolved. While it is true that the upper limit was designed, in part, to avoid extravagant non-pecuniary awards, this justification is not restricted to jury awards, but also applies to trials before judge alone. Furthermore, the accuracy of this assumption has been challenged in the Law Reform Commission of British Columbia's *Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss* (1984), at p. 13. In addition to statistics indicating that only a small number of cases are still tried by jury today, I find apposite the following passage by W. H. R. Charles, *Charles Handbook on Assessment of Damages in Personal Injury Cases* (2nd ed. 1990), at p. 75:

... in Ontario it is defence counsel who tend to request a jury trial for personal injury cases. Whether this is because the unpredictability of their awards, both as to liability and measure of damages, encourages a settlement or whether experience suggests that jury damage awards are less generous than those given by judges sitting without a jury, is difficult to say. If the unpredictable nature of jury verdicts is a major factor in inducing settlement, it seems an ironic justification for their continued existence. Obviously there are other reasons for retaining the jury in civil cases generally, not the least of which is the fact that the jury reflects public opinion.

Finally, from a pragmatic standpoint, to require the trial judge to charge the jury on the upper limit of non-pecuniary damages may be inviting unmeritorious appeals on that part of the judge's instructions to the jury.

aux sommes extravagantes accordées par des jurys à titre de dommages-intérêts non pécuniaires, laquelle inciterait notre Cour à modifier le droit. Il n'en recommande pas moins, sur cette base fragile, une profonde modification du droit.

Il est important de rappeler le contexte dans lequel cette question doit être résolue. S'il est vrai que la limite a été élaborée en partie pour éviter que des sommes extravagantes soient accordées à titre de dommages-intérêts non pécuniaires, cette justification ne se limite pas aux seuls montants accordés par le jury, mais vaut aussi pour les procès devant un juge seul. De plus, l'exactitude de cette supposition a été remise en question par la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, dans son *Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss* (1984), à la p. 13. Outre les statistiques qui montrent qu'un nombre infime d'affaires sont encore entendues devant jury de nos jours, je trouve pertinent le passage suivant de W. H. R. Charles, tiré de *Charles Handbook on Assessment of Damages in Personal Injury Cases* (2^e éd. 1990), à la p. 75:

[TRADUCTION] ... en Ontario, ce sont les avocats de la défense qui ont tendance à demander un procès devant jury dans les affaires de lésions corporelles. Il est difficile de dire si c'est parce que l'imprévisibilité de leurs décisions, tant en matière de responsabilité qu'en matière d'évaluation des dommages-intérêts, encourage la conclusion de règlements ou parce que l'expérience montre que les indemnités accordées par les jurys sont moins généreuses que celles qu'établissent les juges dans des procès sans jury. Si la nature imprévisible des verdicts rendus par des jurys est un facteur incitatif au règlement, ce serait là une justification ironique au maintien des procès devant jury. Il existe manifestement d'autres raisons de conserver les procès devant jury au civil en général, dont, et non la moindre, le fait que le jury reflète l'opinion publique.

Enfin, d'un point de vue pragmatique, obliger le juge de première instance à donner au jury une directive relativement à l'existence d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires serait peut-être inviter la formation d'appels non fondés sur cette partie de l'exposé au jury.

130 In conclusion, there is no evidence that the law as it stands is incapable of dealing with the upper limit of non-pecuniary damages, the assessment of which has always been the province of the jury. For the reasons previously set forth, I would leave to the jury the determination of the quantum of damages without instructions as to the upper limit, subject to the judge's power to reduce excessive awards.

131 In the result, I would dispose of this appeal as suggested by my colleague Sopinka J.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McConnan, Bion, O'Connor & Peterson, Victoria.

Solicitors for the respondent: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitor for the interveners HIV-T Group (Blood Transfused) and the Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors: Kenneth Arenson, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Hospital Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Red Cross Society: MacMillan, Rooke & Boeckle, Toronto.

En conclusion, aucune preuve n'établit que l'état actuel du droit ne permet pas de tenir compte de la limite en matière de dommages-intérêts non pécuniaires, dont l'évaluation a toujours relevé du jury. Pour ces motifs, je laisserais au jury la tâche de déterminer le montant des dommages-intérêts sans lui donner de directive relativement à l'existence d'une limite, sujet au pouvoir du juge de réduire les montants excessifs.

En conclusion, je disposerais du présent pourvoi comme le suggère mon collègue le juge Sopinka.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: McConnan, Bion, O'Connor & Peterson, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureur des intervenants HIV-T Group (Blood Transfused) et Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors: Kenneth Arenson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des hôpitaux du Canada: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne de la Croix-Rouge: MacMillan, Rooke & Boeckle, Toronto.

**The Corporation of the City of Stratford,
the Stratford Police Department and the
Board of Police Commissioners** *Appellants*

v.

**Albert Large and the Ontario Human
Rights Commission** *Respondents*

INDEXED AS: LARGE v. STRATFORD (CITY)

File No.: 24004.

1995: February 27; 1995: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Civil rights — Discrimination on basis of age — Mandatory retirement — Police officer — Defence of bona fide occupational requirement — Board of Inquiry finding that mandatory retirement at age 60 for police officers not a bona fide occupational requirement — Whether Board properly applied subjective and objective tests for a bona fide occupational requirement — Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, s. 4(6).

A police officer who was obliged to retire at age 60 filed a complaint with the Ontario Human Rights Commission alleging that the age 60 mandatory retirement contravened the 1980 *Ontario Human Rights Code* on the grounds of age discrimination. The mandatory retirement policy had been adopted, and later included in the collective agreement, in response to the demands of the police union. The Board of Inquiry held that the age 60 mandatory retirement for police officers was not justified as a *bona fide* occupational requirement ("BFOR") under the Code. The Board found that neither the subjective nor the objective test for a BFOR had been satisfied. With respect to the subjective test, the Board concluded that while the policy was not adopted for any ulterior purpose, it was not established that, at the time of its adoption, the employer had a sincerely held belief that the policy was imposed in the interests of the adequate performance of the work. Applying the objective test, the Board concluded that the policy was not reasonable, stating that while the scientific evidence

**La Corporation municipale de Stratford, le
Service de police de Stratford et le Bureau
des commissaires de la police** *Appelants*

c.

**Albert Large et la Commission ontarienne
des droits de la personne** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: LARGE c. STRATFORD (VILLE)

N° du greffe: 24004.

1995: 27 février; 1995: 19 octobre.

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

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

Libertés publiques — Discrimination fondée sur l'âge — Retraite obligatoire — Policier — Défense fondée sur une exigence professionnelle normale — Conclusion de la commission d'enquête que la retraite obligatoire à 60 ans pour les policiers ne constitue pas une exigence professionnelle normale — La commission d'enquête a-t-elle appliqué correctement les critères subjectif et objectif relatifs à une exigence professionnelle normale? — Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, ch. 340, art. 4(6).

Un policier mis à la retraite à 60 ans a déposé une plainte auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, alléguant que la retraite obligatoire à 60 ans contrevenait au *Code ontarien des droits de la personne* de 1980 pour motif de discrimination fondée sur l'âge. La politique de retraite obligatoire avait été adoptée, et par la suite été insérée dans la convention collective, en réponse aux revendications du syndicat des policiers. La commission d'enquête a conclu que la retraite obligatoire à 60 ans pour les policiers n'était pas justifiée à titre d'exigence professionnelle normale («EPN») au sens du Code. La commission a jugé qu'il n'avait été satisfait ni au critère subjectif ni au critère objectif de l'EPN. En ce qui concerne l'élément subjectif, la commission a conclu que, si la politique n'a pas été adoptée pour quelque motif inavoué, il n'a pas été établi que, au moment où elle a été adoptée, l'employeur avait la conviction sincère que la politique était imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question. Quant au critère objectif, la commission a conclu que la

relating to the risk of cardiovascular disease and lack of aerobic capacity supported the reasonableness of the rule, the risk could be avoided by individual accommodation in the form of adjustments to the work of those in the risk category. Both the Divisional Court and the Court of Appeal upheld the Board's decision.

Held: The appeal should be allowed. The mandatory retirement policy is justified as a BFOR.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The purpose of the subjective element for a BFOR is to ensure that a discriminatory rule was adopted for a valid reason, as an occupational requirement, and not for a prohibited, discriminatory reason. Usually, this goal will be realized and the subjective element established by evidence that the employer honestly believed that the qualification or requirement was necessary for the safe and/or effective carrying out of the work. In this case, in insisting on evidence as to the employer's state of mind, the Board and the courts below applied the subjective test too rigidly against the employer. In some circumstances, the subjective element can be satisfied when, in addition to satisfying the objective test, the employer establishes that the rule or policy was adopted in good faith for a valid reason and without any ulterior purpose that would be contrary to the goals of the *Ontario Human Rights Code*. Thus, in a case in which the work-related requirement is the result of a union-driven term in a collective agreement, if both parties acted in good faith and arrived at an agreement that is shown to be reasonably necessary so as to satisfy the objective test, an employer can satisfy the subjective element without proof of a sincerely held belief in the necessity of the requirement. In such a case, however, the term in the collective agreement must not have been adopted for an ulterior or discriminatory purpose by the union. Here, the Board found that the employer acted honestly and without an ulterior motive in entering into the collective agreement. Since there is no suggestion that either the employer or the union was motivated by any ulterior motive, the purpose of the subjective test is satisfied.

With respect to the objective test, it is an error to equate individual accommodation with the requirement relating to reasonable alternatives. The latter is funda-

politique n'était pas raisonnable, faisant remarquer que, si la preuve scientifique se rapportant au risque d'une maladie cardiovasculaire et d'un déclin de la capacité aérobie témoignait du caractère raisonnable de la règle, ce risque pouvait toutefois être évité au moyen d'un accommodement individuel prenant la forme d'un remaniement des fonctions de ceux qui appartenaient au groupe à risque. La Cour divisionnaire et la Cour d'appel ont toutes deux confirmé la décision de la commission d'enquête.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. La politique de retraite obligatoire est justifiée à titre d'EPN.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L'élément subjectif du critère relatif à l'EPN vise à garantir que l'adoption d'une règle discriminatoire repose sur une raison valide, à titre d'exigence professionnelle, et non pas sur une discrimination pour un motif illicite. En général, cet objectif sera atteint et l'élément subjectif établi si l'employeur prouve qu'il croyait sincèrement que l'exigence était nécessaire pour assurer l'exécution sûre ou l'exécution efficace du travail en question, ou les deux. En l'espèce, en insistant sur une preuve relative à l'état d'esprit de l'employeur, la commission d'enquête et les tribunaux d'instance inférieure ont privilégié une application trop rigide du critère subjectif contre l'employeur. Dans certaines circonstances, il peut être satisfait à l'élément subjectif lorsque, en plus de satisfaire au critère objectif, l'employeur établit que la règle ou la politique a été adoptée de bonne foi pour une raison valide et sans aucun motif inavoué qui soit contraire aux objectifs du *Code ontarien des droits de la personne*. Ainsi, lorsque l'exigence est le fruit d'une modalité amenée par le syndicat dans une convention collective, il devient possible pour un employeur de satisfaire à l'élément subjectif sans devoir établir qu'il avait la conviction sincère que l'exigence était nécessaire si les deux parties ont agi de bonne foi et en sont arrivées à une entente dont on démontre la nécessité raisonnable de façon à satisfaire au critère objectif. Dans un tel cas, toutefois, la clause de la convention collective ne doit pas avoir été adoptée par le syndicat pour un motif inavoué ou discriminatoire. En l'espèce, la commission a conclu que l'employeur a agi avec sincérité et sans motif inavoué en adhérant à la convention collective. Puisque rien ne donne à entendre que l'employeur ou le syndicat nourrissaient un motif inavoué, le but du critère subjectif est atteint.

En ce qui concerne le critère objectif, c'est une erreur que d'assimiler l'accommodement individuel à l'exigence concernant l'existence de solutions de rechange

mental to the concept of a BFOR defence. Justification of a general rule that treats all employees as having the same characteristics, notwithstanding that some will not, is dependent on proof that it was not practical to identify and exempt from the general rule those who lacked the requisite characteristics. Since the Board found that individual testing was not feasible, the employer had discharged the obligation of showing that individual assessment was impractical and, therefore, a general rule was necessary. The alternative of individual accommodation is an impermissible extension of the principles in *Bhinder, Saskatoon* and *Alberta Dairy Pool* and is inconsistent with the concept of a BFOR defence as explained in those cases. It is an alternative that requires that the circumstances of each employee to whom the rationale of the rule applies be examined and that each employee's duties be adjusted so as to render the rule unnecessary. This alternative does not respond to the question as to why a general rule which includes some who do not share the common characteristics was necessary. There was a preponderance of evidence in this case to support a finding that the combination of the risk of cardiovascular disease and the decline of aerobic capacity discharged the employer's obligation with respect to the objective element of the BFOR. Subject to the influence of the concept of individual accommodation, the Board's reasons should be interpreted as having made this finding.

Both the subjective and the objective elements of a BFOR defence having been established, the appellants are entitled to a dismissal of the complaint.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The Board did not import elements of the objective test into the subjective test. The Board was not interested in whether the appellants' reason for implementing the retirement policy was rational *per se*. Its concerns were whether there was any evidence of a "sincerely held belief" that the retirement policy was necessary in the interest of the adequate performance of police force work. Such a determination was clearly envisaged as a legitimate component of the subjective test.

Where a policy has been adopted as part of the collective bargaining process, in response to demands by the employees, it is the "sincerely held belief" of the employees that the policy was necessary which is more

raisonnables. Cette dernière exigence est fondamentale au concept de la défense fondée sur l'EPN. La justification d'une règle générale qui traite tous les employés comme ayant les mêmes caractéristiques, en dépit du fait que certains ne les possèdent pas, dépend de la preuve qu'il n'était pas pratique d'identifier et d'exclure de l'application de la règle générale ceux qui n'avaient pas les caractéristiques requises. Puisque la commission d'enquête a conclu que les tests individuels étaient impossibles, l'employeur s'est acquitté de son obligation de démontrer que l'évaluation individuelle était impraticable et, partant, que l'adoption d'une règle générale était nécessaire. La solution qui consiste à tenir compte de la situation de chacun constitue un élargissement inadmissible des principes énoncés dans les arrêts *Bhinder, Saskatoon* et *Alberta Dairy Pool*, et elle n'est pas compatible avec le concept de la défense fondée sur l'EPN tel qu'il a été expliqué dans ces arrêts. Il s'agit d'une solution qui requiert que soit examinée la situation de chaque employé concerné par le principe qui sous-tend la règle et que soient remaniées les fonctions de chaque employé de façon à rendre la règle inutile. Ce n'est pas une solution qui répond à la question de savoir pourquoi il était nécessaire d'adopter une règle générale qui englobe des personnes ne partageant pas les caractéristiques communes. Suivant la prépondérance de la preuve, il est permis de conclure que la combinaison du risque d'une maladie cardiovasculaire et du déclin de la capacité aérobie a libéré l'employeur de son obligation relativement au volet objectif du critère de l'EPN. Sous réserve de l'influence du concept de l'accommodement individuel, on doit déduire des motifs de la commission d'enquête que cette dernière a tiré cette conclusion.

L'élément subjectif et l'élément objectif d'une défense fondée sur l'EPN ayant tous deux été établis, les appelants ont droit au rejet de la plainte.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: La commission d'enquête n'a pas incorporé dans le critère subjectif des éléments du critère objectif. La commission ne se préoccupait pas réellement de savoir si la raison des appelants pour mettre en œuvre la politique de retraite était rationnelle en soi. Elle cherchait à savoir s'il y avait une preuve d'une «conviction sincère» que la politique de retraite était nécessaire pour assurer l'exécution satisfaisante du travail de la police. Une telle détermination a clairement été considérée comme un élément légitime du critère subjectif.

Lorsqu'il s'agit d'une politique adoptée en réponse aux revendications des employés dans le cadre du processus de négociation collective, c'est la «conviction sincère» des employés que la politique était nécessaire

relevant to the subjective test. The employer often will not have a "sincerely held belief" that the policy is needed, other than a belief that it is needed to satisfy the union. However, the absence of improper motives on the part of employees and management cannot alone be sufficient to meet the subjective test. A general occupational requirement cannot be considered to be *bona fide*, within the meaning of human rights legislation, if it was adopted blindly or without due regard for the individual rights of the persons affected. Therefore, where a general occupational requirement is adopted at the behest of employees, such requirement satisfies the subjective test if (1) there is no evidence of ulterior or discriminatory motive on the part of the employees in demanding the requirement; (2) the employees turned their minds to the question of whether the requirement was warranted, in light of its potentially discriminatory nature, and possessed a "sincerely held belief" in its necessity; and (3) the employer turned its mind to the question of whether the requirement was warranted, in light of its potentially discriminatory nature, and did not have an ulterior or discriminatory motive in acquiescing in the employees' demand. Had the Board applied the correct principles of law in this case, the impugned provision would satisfy the subjective test.

The objective test is also satisfied. While the possibility of accommodation is not relevant once a BFOR is established, it is relevant to the determination of whether a rule constitutes a BFOR. In this case, however, it was not demonstrated that accommodation would have been possible. Moreover, sufficient evidence was presented to justify the mandatory retirement provisions as reasonable in light of the duties performed by police officers.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353.

qui est davantage pertinente quant au critère subjectif. Il arrive fréquemment que l'employeur n'ait pas la «conviction sincère» que la politique est nécessaire, si ce n'est une conviction qu'elle est nécessaire pour satisfaire le syndicat. Cependant, l'absence de motifs illégitimes de la part des employés et de la direction ne peut à elle seule être suffisante pour satisfaire au critère subjectif. L'on ne peut tenir l'exigence professionnelle générale pour normale au sens des lois sur les droits de la personne si elle a été adoptée aveuglément ou sans égard pour les droits individuels des personnes touchées. Il s'ensuit que l'exigence professionnelle générale adoptée à la demande des employés satisfait au critère subjectif si: (1) il n'y a pas de preuve que les employés demandent l'exigence pour un motif inavoué ou discriminatoire; (2) les employés se sont demandé si la disposition était justifiée compte tenu du risque qu'elle soit discriminatoire, et ont la «conviction sincère» de sa nécessité, et (3) l'employeur s'est demandé si la disposition était justifiée compte tenu du risque qu'elle soit discriminatoire, et il n'a pas acquiescé à la revendication des employés pour un motif inavoué ou discriminatoire. Si la commission d'enquête avait appliqué en l'espèce les principes de droit pertinents, la disposition contestée aurait satisfait au critère subjectif.

Il est également satisfait au critère objectif. Si la possibilité d'un accommodement n'est pas pertinente une fois démontrée l'existence d'une EPN, en revanche, elle peut jouer un rôle pour déterminer si une règle constitue une EPN. En l'espèce, toutefois, on n'a pas démontré qu'un accommodement aurait été possible. En outre, on a présenté une preuve permettant d'établir le caractère raisonnable des dispositions relatives à la retraite obligatoire étant donné les fonctions exécutées par les policiers.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.

Statutes and Regulations Cited

Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 24(2).
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 41(3).
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, s. 4(1)(g), (6).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 16 O.R. (3d) 385, 68 O.A.C. 136, 110 D.L.R. (4th) 435, 94 C.L.L.C. ¶ 17,005, 22 C.H.R.R. D/155, 1 C.C.E.L. (2d) 195, 20 Admin. L.R. (2d) 195, dismissing the appellants' appeal from a judgment of the Divisional Court (1992), 9 O.R. (3d) 104, 56 O.A.C. 10, 92 D.L.R. (4th) 565, 92 C.L.L.C. ¶ 17,027, 17 C.H.R.R. D/17, 43 C.C.E.L. 272, which dismissed the appellants' appeal from a decision of a board of inquiry under the *Ontario Human Rights Code* (1990), 14 C.H.R.R. D/138. Appeal allowed.

John W. T. Judson and Sandra L. Coleman, for the appellants.

Kim Twohig and Elaine Atkinson, for the respondent the Ontario Human Rights Commission.

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

SOPINKA J. — This appeal involves interpretation of the *bona fide* occupational requirement or qualification ("BFORQ") justification of employment discrimination under s. 4(6) of the old *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340. At the Board of Inquiry hearing, the appellant employer conceded that the age 60 mandatory

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489.

Lois et règlements cités

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 24(2).
Code des droits de la personne (1981), L.O. 1981, ch. 53, art. 41(3).
Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, ch. 340, art. 4(1)g), (6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 16 O.R. (3d) 385, 68 O.A.C. 136, 110 D.L.R. (4th) 435, 94 C.L.L.C. ¶ 17,005, 22 C.H.R.R. D/155, 1 C.C.E.L. (2d) 195, 20 Admin. L.R. (2d) 195, qui a rejeté l'appel des appelants contre une décision de la Cour divisionnaire (1992), 9 O.R. (3d) 104, 56 O.A.C. 10, 92 D.L.R. (4th) 565, 92 C.L.L.C. ¶ 17,027, 17 C.H.R.R. D/17, 43 C.C.E.L. 272, qui avait rejeté l'appel des appelants contre la décision d'une commission d'enquête constituée en application du *Code ontarien des droits de la personne* (1990), 14 C.H.R.R. D/138. Pourvoi accueilli.

John W. T. Judson et Sandra L. Coleman, pour les appelants.

Kim Twohig et Elaine Atkinson, pour l'intimée la Commission ontarienne des droits de la personne.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi porte sur l'interprétation de l'exigence professionnelle normale («EPN») à titre de justification d'un acte discriminatoire en matière d'emploi sous le régime du par. 4(6) du *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, ch. 340. Lors de l'audience tenue devant la commission d'enquête, l'em-

retirement clause in the governing collective agreement constituted a *prima facie* violation of s. 4(1)(g) of the Code, but resisted the complaint on the basis of the BFORQ defence contained in s. 4(6). At issue is the content of the subjective and objective elements of the BFORQ defence.

I. Facts

² Albert Large was a police officer in the City of Stratford from 1967 until 1981. In 1981, at age 60, he was obliged to retire under the terms of the collective agreement between the Board of Police Commissioners and the Police Association. He was granted a discretionary three-month extension and retired under the mandatory retirement policy at the end of this extension.

³ The evidence at the inquiry was unfortunately incomplete as to the events leading up to and rationale for including the mandatory retirement age in the collective agreement. Yet, it is clear that the Police Association advanced age 60 mandatory retirement pension benefits, and that the Board of Police Commissioners resisted this bargaining demand. In 1971, negotiations resulted in an arbitration award. This included a term for pension contributions to be "continued", based on compulsory retirement at age 60 for all members of the police force except civilian members. The Board of Inquiry found that the appellant employer did not introduce the mandatory retirement policy as a direct consequence of the arbitration award but rather as a result of the demands of the Police Association. These demands and their negotiation by the Police Association occurred while Large was president from 1973 until 1976. There was some delay in formally including the policy in the collective agreement, which was agreed to in principle around 1973, but in 1976, a mandatory age 60 retirement provision was expressly included in the collective agreement.

ployeur appelant a concédé que la clause relative à la retraite obligatoire à 60 ans prévue dans la convention collective applicable constituait une violation à première vue de l'al. 4(1)g) du Code, mais il s'est opposé à la plainte en invoquant la défense fondée sur une EPN prévue au par. 4(6). Le litige porte sur la nature des éléments subjectif et objectif de la défense fondée sur une EPN.

I. Les faits

Albert Large a été policier à la ville de Stratford de 1967 à 1981. Cette année-là, âgé de 60 ans, il a été mis à la retraite conformément aux dispositions de la convention collective liant le Bureau des commissaires de la police et l'association des policiers. Il a pu bénéficier d'une prorogation discrétionnaire de trois mois, à l'expiration de laquelle il a pris sa retraite suivant la politique de retraite obligatoire.

La preuve produite à l'enquête était malheureusement incomplète quant aux événements qui ont précédé la décision de prévoir dans la convention collective l'âge de la retraite obligatoire et quant à la raison d'être de cette décision. Il est par contre certain que l'association des policiers a proposé le versement de prestations fondé sur la retraite obligatoire à 60 ans et que le Bureau des commissaires s'est opposé à cette revendication. En 1971, les négociations ont abouti à une sentence arbitrale, qui prévoyait que les cotisations à la pension devaient être «maintenues» sur le fondement de la retraite obligatoire à 60 ans pour tous les membres de la force policière, à l'exception des membres civils. La commission d'enquête a conclu que l'employeur appelant n'avait pas introduit la politique de retraite obligatoire en conséquence directe de la sentence arbitrale, mais plutôt en réponse aux revendications de l'association des policiers. Ces revendications ont été soumises et négociées par l'association des policiers au moment où Large en était président, entre 1973 et 1976. Il s'est écoulé un certain temps avant que la politique soit officiellement intégrée à la convention collective, laquelle a fait l'objet d'un accord de principe autour de 1973, mais une disposition prévoyant la retraite obligatoire à 60 ans a été expressément insérée dans la convention collective en 1976.

When he retired, Large sent a letter to the Board of Police Commissioners indicating he would have liked to have continued working and some time later, after consultation with the Ontario Human Rights Commission, sent a letter to the Board of Police Commissioners requesting reinstatement, but the latter took no action in response to this request. Large filed a complaint with the Ontario Human Rights Commission alleging that the age 60 mandatory retirement provision in the collective agreement contravened the 1980 *Ontario Human Rights Code* on the grounds of age discrimination.

At the Board of Inquiry hearing, the appellants, the City of Stratford, the Stratford Police Department, and the Board of Police Commissioners, conceded that the age 60 mandatory retirement policy *prima facie* violated the *Ontario Human Rights Code*. The case turned on whether this policy was a BFORQ. The Board of Inquiry heard conflicting medical evidence regarding the age 60 retirement for police officers. This involved evidence related to the cardiovascular system, muscular system, sensory system, mental functioning, and psychological reaction of persons over age 60. The Board also heard individual testimony of seven police officers as to their belief that officers over age 60 cannot as a rule perform to an acceptable level. The hearing took place over 15 days.

On November 21, 1990, the Board found that the mandatory age 60 retirement age for police officers was not a justified BFORQ when the employer forced retirement of the complainant at age 60: (1990), 14 C.H.R.R. D/138. The appellants appealed to the Ontario Court (General Division), Divisional Court. A majority of that court dismissed the appeal on June 8, 1992: (1992), 9 O.R. (3d) 104, 56 O.A.C. 10, 92 D.L.R. (4th) 565, 92 C.L.L.C. ¶ 17,027, 17 C.H.R.R. D/17. The appellants appealed further to the Ontario Court of Appeal which unanimously dismissed the appeal on December 22, 1993: (1993), 16 O.R. (3d) 385,

Lorsqu'il a pris sa retraite, Large a adressé une lettre au Bureau des commissaires indiquant qu'il aurait aimé continuer à travailler; quelque temps plus tard, après consultation auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, il s'est adressé par écrit au Bureau des commissaires pour demander sa réintégration, mais ce dernier n'a pas donné suite à sa requête. Large a déposé une plainte auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, alléguant que la disposition relative à la retraite obligatoire à 60 ans dans la convention collective contrevenait au *Code ontarien des droits de la personne* de 1980, pour motif de discrimination fondée sur l'âge.

Lors de l'audience tenue devant la commission d'enquête, les appelants, la ville de Stratford, le service de police de Stratford et le Bureau des commissaires de la police, ont concédé que la politique de la retraite obligatoire à 60 ans violait à première vue le *Code ontarien des droits de la personne*. La question était alors de savoir si la politique constituait une EPN. La commission d'enquête a entendu une preuve médicale contradictoire concernant la retraite à l'âge de 60 ans pour les policiers. Cette preuve portait sur l'appareil cardiovasculaire, la musculature, le système sensoriel, le fonctionnement de l'esprit et la réaction psychologique des personnes âgées de plus de 60 ans. La commission a également entendu les témoignages de sept policiers quant à leur conviction que les policiers âgés de plus de 60 ans ne peuvent en général exécuter leur travail de façon satisfaisante. L'audience s'est étendue sur 15 jours.

Le 21 novembre 1990, la commission d'enquête a conclu que la retraite obligatoire à 60 ans pour les policiers n'était pas une EPN justifiée lorsque l'employeur a forcé le plaignant à prendre sa retraite à l'âge de 60 ans: (1990), 14 C.H.R.R. D/138. Les appelants ont interjeté appel à la Cour de l'Ontario (Division générale), Cour divisionnaire, qui, le 8 juin 1992, a rejeté l'appel à la majorité: (1992), 9 O.R. (3d) 104, 56 O.A.C. 10, 92 D.L.R. (4th) 565, 92 C.L.L.C. ¶ 17,027, 17 C.H.R.R. D/17. Ils ont alors interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario qui, à l'unanimité, les a déboutés le 22 décembre 1993: (1993), 16 O.R.

4

5

6

68 O.A.C. 136, 110 D.L.R. (4th) 435, 94 C.L.L.C. ¶ 17,005, 22 C.H.R.R. D/155, 1 C.C.E.L. (2d) 195, 20 Admin. L.R. (2d) 195. This Court granted leave to appeal on June 2, 1994, [1994] 2 S.C.R. vi.

II. Relevant Statutory Provisions

7 The respondent complainant's substantive rights are determined by the following provision in the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340:

4. — (1) No person shall,

(g) discriminate against any employee with regard to any term or condition of employment,

because of race, creed, colour, age, sex, marital status, nationality, ancestry or place of origin of such person or employee.

(6) The provisions of this section relating to any discrimination, limitation, specification or preference for a position or employment based on age, sex or marital status do not apply where age, sex or marital status is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the position or employment. [Emphasis added.]

8 The respondent complainant's procedural rights are determined by the following provision in the *Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53:

41. . . .

(3) An appeal under this section may be made on questions of law or fact or both and the court may affirm or reverse the decision or order of the board of inquiry or direct the board to make any decision or order that the board is authorized to make under this Act and the court may substitute its opinion for that of the board.

III. Judgments Below

A. *Board of Inquiry* (per Professor Kerr)

9 Relying on this Court's decision in *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, the Board held that an employer rely-

(3d) 385, 68 O.A.C. 136, 110 D.L.R. (4th) 435, 94 C.L.L.C. ¶ 17,005, 22 C.H.R.R. D/155, 1 C.C.E.L. (2d) 195, 20 Admin. L.R. (2d) 195. Le 2 juin 1994, notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi, [1994] 2 R.C.S. vi.

II. Dispositions législatives pertinentes

Les droits substantiels du plaignant intimé sont déterminés par la disposition suivante du *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, ch. 340:

[TRADUCTION]

4. (1) Nul ne doit,

g) assujettir un employé à une distinction injuste quant à une condition de travail,

en raison de la race, des croyances, de la couleur, de l'âge, du sexe, de l'état matrimonial, de la nationalité, de l'ascendance ou du lieu d'origine de la personne ou de l'employé.

(6) Les dispositions du présent article relatives à un acte discriminatoire, à une restriction, à une condition ou à une préférence pour un poste ou un emploi fondés sur l'âge, le sexe ou l'état civil ne s'appliquent pas lorsque l'âge, le sexe ou l'état civil constituent une exigence professionnelle normale du poste ou de l'emploi. [Je souligne.]

Les droits procéduraux du plaignant intimé sont déterminés par la disposition suivante du *Code des droits de la personne* (1981), L.O. 1981, ch. 53:

41. . . .

(3) L'appel interjeté aux termes du présent article peut porter sur des questions de droit ou de fait ou les deux. La Cour peut confirmer ou infirmer la décision ou l'ordonnance de la commission d'enquête ou lui ordonner de rendre une décision ou une ordonnance autorisée par la présente loi. La Cour peut substituer son opinion à celle de la commission d'enquête.

III. Les juridictions inférieures

A. *La commission d'enquête* (le professeur Kerr)

S'appuyant sur la décision de notre Cour dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, la commission

ing on a *bona fide* occupational requirement defence must establish a subjective and objective element. Dealing with the subjective element, the Board observed that it involves a sincerely held belief that the impugned rule is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, "and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code".

In the opinion of the Board of Inquiry, no evidence was adduced that, at the time of adoption of the mandatory retirement policy, the Board of Police Commissioners had a sincerely held belief that the policy was imposed in the interests of the adequate performance of the work. Nevertheless, the policy was not adopted for any ulterior purpose and the Board of Police Commissioners, at the time of the hearing, possessed the necessary belief to satisfy the subjective element. The Board of Inquiry expressly found that the policy was adopted in response to the demands of the Police Association. This occurred in the period that the respondent complainant was president of the Police Association. In the absence of evidence that, at the time of adoption the appellant employer had the necessary sincerely held belief, this aspect of the subjective test was held not to have been satisfied.

With respect to the objective test, while the scientific evidence which relates to the risk of cardiovascular disease and lack of aerobic capacity supported the reasonableness of the rule, the risk could be avoided by individual accommodation in the form of adjustments to the work of those in the risk category. On this basis, the mandatory retirement policy was not reasonable. The Board held that individual testing with respect to these two factors was not practical or reasonable. This disposed of the first phase of the inquiry only. The

d'enquête a conclu que l'employeur qui invoque la défense de l'exigence professionnelle normale doit établir un élément subjectif et un élément objectif. En ce qui concerne l'élément subjectif, la commission a fait remarquer qu'il fait intervenir la conviction sincère que la règle contestée est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, «et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code».

De l'avis de la commission d'enquête, aucun des éléments de preuve produits ne révélait que, au moment où la politique de retraite obligatoire a été adoptée, le Bureau des commissaires de la police avait la conviction sincère que la politique était imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question. Cependant, la politique n'a pas été adoptée pour quelque motif inavoué et, au moment de l'audience, le Bureau des commissaires avait la conviction nécessaire pour satisfaire à l'élément subjectif. La commission a expressément conclu que la politique avait été adoptée en réponse aux revendications de l'association des policiers. Cela s'est produit au moment où le plaignant intimé en était le président. Vu l'absence d'une preuve établissant qu'à l'époque de l'adoption l'employeur appelant avait la conviction sincère requise, la commission a jugé qu'il n'avait pas été satisfait à cet aspect du critère subjectif.

Quant au critère objectif, si la preuve scientifique se rapportant au risque d'une maladie cardiovasculaire et d'un déclin de la capacité aérobie témoignait du caractère raisonnable de la règle, ce risque pouvait toutefois être évité au moyen d'un accommodement individuel prenant la forme d'un remaniement des fonctions de ceux qui appartaient au groupe à risque. Pour cette raison, la politique de retraite obligatoire n'était pas raisonnable. La commission d'enquête a conclu que les tests individuels axés sur ces deux facteurs n'étaient ni pratiques, ni raisonnables. Il était ainsi décidé de la première phase seulement de l'enquête. La phase de la réparation a été différée jusqu'à ce que les parties en arrivent à un règlement

10

11

remedy phase was postponed pending settlement or a further application to the Board.

B. *Divisional Court*

1. Majority (*per* Campbell J., Callaghan C.J.O.C. concurring)

12 Campbell J. agreed with the finding that the employer acted in good faith and that "there is no suggestion of any ulterior or hidden motive" (p. 110 O.R.). Having regard to the standard of review, while it may have been open to the Board to have reached a different conclusion, Campbell J. found no basis upon which to disturb the Board's finding that the subjective test had not been satisfied. The critical time with respect to the employer's state of mind was the date upon which the policy was enforced.

13 With respect to the objective test, while the Board erred in holding that there is a duty to accommodate in a case of direct discrimination, this was a matter of semantics. The decision of the Board could be upheld in law on the basis that individual accommodation was a reasonable alternative. The latter is a component of the test relating to the justification of direct discrimination.

2. Dissent (Zuber J.)

14 Zuber J. did not deal with the standard of review applicable in this case since he was of the opinion that the decision of the Board contained errors in law sufficient to warrant reversal of the decision. The errors of law consisted of:

- (i) too rigid an application of the subjective test;
- (ii) diluting the impact of the scientific evidence on the basis of a duty to accommodate.

C. *Ontario Court of Appeal* (*per* Morden A.C.J.O., Grange and Austin J.J.A.)

15 The Divisional Court did not err in according curial deference to the findings of fact of the Board

ou qu'une seconde demande soit soumise à la commission.

B. *La Cour divisionnaire*

1. La majorité (le juge Campbell, avec l'appui du juge en chef Callaghan)

Le juge Campbell a convenu que l'employeur avait agi de bonne foi et que [TRADUCTION] «rien ne laisse voir un motif inavoué ou caché» (p. 110 O.R.). En ce qui concerne la norme de contrôle, malgré le fait que la commission d'enquête aurait pu tirer une conclusion différente, le juge Campbell n'a vu aucune raison de modifier la conclusion portant qu'il n'avait pas été satisfait au critère subjectif. Le moment décisif quant à l'état d'esprit de l'employeur est la date à laquelle la politique a été appliquée.

Pour ce qui est du critère objectif, bien que la commission d'enquête ait commis une erreur en concluant qu'il existe une obligation d'accommodement dans le cas d'une discrimination directe, c'était là une question de sémantique. La décision de la commission pouvait être maintenue en droit puisque l'accommodement individuel était une solution de rechange raisonnable. Elle est un élément du critère se rapportant à la justification d'une discrimination directe.

2. La dissidence (le juge Zuber)

Le juge Zuber n'a pas traité de la question de la norme de contrôle applicable en l'espèce puisqu'il était d'avis que la décision de la commission d'enquête contenait des erreurs de droit suffisantes pour justifier son annulation. Les erreurs de droit étaient les suivantes:

- (i) application trop rigide du critère subjectif;
- (ii) amoindrissement de l'impact de la preuve scientifique sur le fondement d'une obligation d'accommodement.

C. *La Cour d'appel de l'Ontario* (le juge en chef adjoint Morden et les juges Grange et Austin)

La Cour divisionnaire n'a commis aucune erreur en faisant preuve de retenue judiciaire à l'égard

of Inquiry. This case is governed by *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, and *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353. Essentially, the deference which the courts should give to findings of fact by human rights tribunals is based chiefly on their function and role as the tribunal of first instance which sees and hears the witnesses, both lay and expert.

The court agreed with the majority in the Divisional Court in its application of the subjective test in *Etobicoke*. It was not necessary to deal with the submission that the Divisional Court erred in introducing a duty to accommodate into the objective test in *Etobicoke*. In this regard, the court noted that it was inclined to agree with the Divisional Court's analysis that if there is a reasonable alternative to a policy of direct discrimination, that policy is not reasonable and thus not *bona fide*.

IV. Issues on Appeal

1. Subjective element of BFORQ test: What must be shown to satisfy the subjective test of a *bona fide* occupational requirement?
2. Role of reasonable accommodation in objective test for a BFORQ: What is the role of reasonable accommodation in the objective test of a *bona fide* occupational requirement?

As a preliminary matter, I note that since the respondent complainant's mandatory retirement occurred in 1981 before the coming into force of the *Human Rights Code, 1981*, the Board of Inquiry determined that the substantive rights of the parties would be based on the 1980 *Ontario Human Rights Code*, with procedural questions to be determined by the 1981 Code. I proceed on this basis as well. The wording of the BFORQ in the

des conclusions de fait tirées par la commission d'enquête. L'affaire en l'espèce est régie par les arrêts *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, et *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353. Essentiellement, la retenue dont les tribunaux doivent faire preuve à l'égard des conclusions de fait tirées par les tribunaux des droits de la personne repose principalement sur leur fonction et rôle de tribunal de première instance qui voit et entend les témoins, tant ordinaires qu'experts.

La cour a souscrit à l'opinion de la majorité de la Cour divisionnaire dans son application du critère subjectif formulé dans *Etobicoke*. Il n'était pas nécessaire d'analyser la prétention portant que la Cour divisionnaire avait à tort intégré une obligation d'accommodement au critère objectif formulé dans *Etobicoke*. À cet égard, la cour a déclaré qu'elle était portée à adhérer à l'analyse de la Cour divisionnaire selon laquelle, s'il existe une solution de rechange raisonnable à une politique de discrimination directe, cette politique n'est pas raisonnable et n'a donc pas été adoptée de bonne foi.

IV. Questions en litige

1. Élément subjectif du critère relatif à l'EPN: Que doit-on établir pour satisfaire au critère subjectif de l'exigence professionnelle normale?
2. Rôle de l'accommodement raisonnable dans le critère objectif de l'EPN: Quel est le rôle de l'accommodement raisonnable dans le critère objectif de l'exigence professionnelle normale?

Je signale avant toute chose que, puisque le plaignant intimé a été mis à la retraite en 1981, avant l'entrée en vigueur du *Code des droits de la personne (1981)*, la commission d'enquête a déterminé que les droits substantiels des parties étaient puisés dans le *Code ontarien des droits de la personne* de 1980, les questions de procédure devant être tranchées suivant le Code de 1981. Je procéderai suivant cette même prémisse. Le libellé de

1980 Code differs from the current wording of the Code. The latter now provides, after an amendment in 1986, that a limitation on non-discrimination employment rights will not constitute a BFORQ unless the Ontario Human Rights Commission, a board of inquiry, or a court is "satisfied that the circumstances of the person cannot be accommodated without undue hardship on the person responsible for accommodating those circumstances considering the cost, outside sources of funding, if any, and health and safety requirements, if any": *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 24(2); amendment made in S.O. 1986, c. 64, s. 18(15). The 1980 Code made no reference to a duty to accommodate.

V. Analysis

1. *Subjective Test*

18 The basic definition of the subjective arm for a BFORQ was set out in *Etobicoke*, *supra*, at p. 208. The complainants, firefighters with the Etobicoke municipality, alleged that an age 60 mandatory retirement age provided for in their collective agreement offended the Code by discriminating against certain employees on the basis of age. Writing for the Court, McIntyre J. defined the subjective arm of the BFORQ test as follows:

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code.

The respondent Commission submits that the subjective component of the BFORQ requires that the employer prove each of the following three elements:

(a) imposed honestly, in good faith; and

l'EPN dans le Code de 1980 diffère du libellé actuel du Code. Ce dernier prévoit maintenant, après une modification apportée en 1986, qu'une restriction aux droits à l'emploi sans discrimination ne constitue une EPN que si la Commission ontarienne des droits de la personne, une commission d'enquête ou un tribunal est «convaincu que la personne à laquelle il incombe de tenir compte de la situation de la personne ne peut le faire sans subir elle-même un préjudice injustifié, compte tenu du coût, des sources extérieures de financement, s'il en est, et des exigences en matière de santé et de sécurité, le cas échéant»: *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, par. 24(2); modification apportée dans L.O. 1986, ch. 64, par. 18(15). Le Code de 1980 ne prescrivait aucune obligation d'accommodement.

V. Analyse

1. *Le critère subjectif*

La définition de principe du volet subjectif de l'EPN a été formulée dans l'arrêt *Etobicoke*, précité, à la p. 208. Les plaignants, des pompiers de la municipalité d'Etobicoke, alléguaient que la retraite obligatoire à 60 ans prévue dans leur convention collective portait atteinte au Code puisqu'elle établissait à l'égard de certains employés une discrimination fondée sur l'âge. S'exprimant au nom de la Cour, le juge McIntyre a défini dans les termes suivants le volet subjectif du critère de l'EPN:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle [ou normale], une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code.

La Commission intimée fait valoir que, relativement à l'élément subjectif de l'EPN, l'employeur doit établir chacun des trois éléments suivants, à savoir qu'il impose cette restriction:

a) honnêtement, de bonne foi; et

- (b) in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy; and
- (c) not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code.

The respondent Commission submitted that although the appellant employer may have met (a) and (c), it did not adduce sufficient evidence of (b), a sincerely held belief that the limitation was imposed in the interests of the adequate performance of the work involved.

Often, in cases involving a BFORQ, as in *Etoibicoke*, *supra*, the complainant will concede that the limitation was established in good faith. In this appeal, however, no such concession was made. At the Board of Inquiry hearing, Professor Kerr held that both the subjective and objective tests for a BFORQ had not been met. The subjective test, in his view, required evidence as to the employer's actual subjective belief in the rationale for adopting the mandatory retirement policy. This was considered to involve more than just proving no ulterior or bad faith motive. This was upheld in the two appellate courts below.

The Board and the courts below, therefore, proceeded on the basis that the state of mind of the employer was an indispensable element of the subjective test. Notwithstanding that the employer in this case acted in good faith without any ulterior motive in adopting a policy that was in the interests of the safe and efficient performance of the work, the subjective test required evidence that the employer had a sincerely held belief that the policy was necessary for this purpose at the time it was adopted.

The subjective element is one of two parts of the test for a BFORQ because of the statutory requirement that the occupational qualification or requirement be *bona fide*. The purpose of the subjective

- b) avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique; et
- c) non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code.

La Commission intimée soutient que, bien que l'employeur appelant ait pu satisfaire aux points a) et c), elle n'a pas présenté une preuve suffisante à l'égard du point b), quant à la conviction sincère que la restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question.

Il arrive fréquemment, dans les affaires mettant en cause une EPN, comme dans l'arrêt *Etoibicoke*, précité, que le plaignant concède que la restriction a été imposée de bonne foi. Dans le présent pourvoi toutefois, aucune concession de la sorte n'a été faite. Lors de l'audience tenue devant la commission d'enquête, le professeur Kerr a conclu qu'il n'avait été satisfait ni au critère subjectif ni au critère objectif de l'EPN. À son avis, le critère subjectif nécessitait une preuve que l'employeur était réellement convaincu, de façon subjective, de la raison d'être de l'adoption d'une politique de retraite obligatoire. On a considéré qu'il n'était pas suffisant d'établir à cet égard l'absence d'un motif inavoué ou de la mauvaise foi. Cette conclusion a été maintenue par les deux tribunaux d'appel inférieurs.

La commission d'enquête et les tribunaux d'appel inférieurs ont par conséquent pris comme prémisse que l'état d'esprit de l'employeur est un élément essentiel du critère subjectif. Nonobstant le fait que l'employeur en l'espèce a agi de bonne foi et sans aucun motif inavoué lorsqu'il a adopté une politique en vue d'assurer l'exécution sûre et efficace du travail en question, le critère subjectif requiert la preuve qu'au moment de l'adoption de la politique, l'employeur avait la conviction sincère qu'elle était nécessaire à cette fin.

L'élément subjectif constitue l'un des deux volets du critère relatif à l'EPN parce que la loi prescrit que l'exigence professionnelle doit être établie de bonne foi. L'élément subjectif du critère

19

20

21

element is to ensure that a discriminatory rule was adopted for a valid reason, as an occupational requirement, and not for a prohibited, discriminatory reason. It ensures that the employer is not attempting to defeat the purposes of the Code, in short, that the employer does not have a discriminatory motive. Usually, this goal will be realized and the subjective element established by evidence that the employer honestly believed that the qualification or requirement was necessary for the safe and/or effective carrying out of the work.

22

In my view, however, the Board and the courts below applied the subjective test too rigidly against the appellant employer in the circumstances of this case. It would be too formalistic to invariably insist on evidence as to the employer's state of mind when, objectively, the impugned rule or policy is adopted for valid occupational reason and the purpose of the subjective element of the test is otherwise accomplished. In some circumstances the subjective element can be satisfied when, in addition to satisfying the objective test, the employer establishes that the rule or policy was adopted in good faith for a valid reason and without any ulterior purpose that would be contrary to the purposes of the Code.

23

For example, it should be possible for an employer to satisfy the subjective element without proof of a sincerely held belief in the necessity of the work-related requirement in a case in which the requirement is a result of a union-driven term in a collective agreement. If both parties are acting in good faith and as a result of negotiations arrive at an agreement that is shown to be reasonably necessary so as to satisfy the objective test, it appears unproductive to insist on scrutinizing the negotiations to determine whether one party or the other genuinely believed in the necessity of the provision. I do not understand how it advances the cause of human rights to invalidate a sensible, work-related rule supported by the employees and adopted in good faith by the employer because the latter had mental reservations about its desirability.

visé à garantir que l'adoption d'une règle discriminatoire repose sur une raison valide, à titre d'exigence professionnelle, et non pas sur une discrimination pour un motif illicite. Il garantit que l'employeur ne tente pas d'aller à l'encontre des objectifs du Code; bref, que son intention n'est pas discriminatoire. En général, cet objectif sera atteint et l'élément subjectif établi si l'employeur prouve qu'il était sincèrement convaincu que l'exigence était nécessaire pour assurer l'exécution sûre ou l'exécution efficace du travail en question, ou les deux.

À mon avis, cependant, la commission d'enquête et les tribunaux d'instance inférieure ont privilégié une application trop rigide du critère subjectif contre l'employeur appelant dans les circonstances de l'espèce. Il serait trop formaliste d'insister invariablement sur une preuve relative à l'état d'esprit de l'employeur alors qu'objectivement la règle ou la politique contestée est adoptée pour une raison professionnelle valide et que le but qui sous-tend l'élément subjectif du critère est par ailleurs atteint. Dans certaines circonstances, il peut être satisfait à l'élément subjectif lorsque, en plus de satisfaire au critère objectif, l'employeur établit que la règle ou la politique a été adoptée de bonne foi pour une raison valide et sans aucun motif inavoué qui soit contraire aux objectifs du Code.

Ainsi, lorsque l'exigence est le fruit d'une modalité amenée par le syndicat dans une convention collective, il devrait être possible pour un employeur de satisfaire à l'élément subjectif sans devoir établir qu'il avait la conviction sincère que l'exigence professionnelle était nécessaire. Si les deux parties agissent de bonne foi et, au terme de négociations, arrivent à une entente dont on démontre la nécessité raisonnable de façon à satisfaire au critère objectif, il paraît improductif de persister à examiner les négociations à la loupe pour déterminer si une partie ou l'autre était sincèrement convaincue de la nécessité de la disposition en question. Je ne comprends pas comment on sert la cause des droits de la personne en invalidant une règle professionnelle raisonnable appuyée par les employés et adoptée de bonne foi par l'employeur,

The submission on behalf of the respondents was that a subjective belief in the desirability of the requirement would ensure that employers turn their minds towards other alternatives and thus discrimination would occur less frequently. But, there would be no logical advantage in requiring the employer to search for reasonable alternatives to the union's urging or insistent request, when objectively there were no such alternatives. I believe, however, that it is a logical caveat to the above that the term in the collective agreement must not have been adopted for an ulterior or discriminatory purpose by the union.

I have considered the comments of L'Heureux-Dubé J. in her reasons for judgment. She would substitute the sincerely held belief of "employees" for that of the employer. The difficulty with this approach is how to ascertain the belief of the employees at the critical time when the impugned rule is adopted. The employees do not act in unison. They may be divided. The difficulties with this approach are aptly illustrated in this case. The Board refers in the evidence to four employees who were called. Two of the employees testified that they supported the mandatory retirement policy at the time but their evidence did not indicate a sincerely held belief that it was necessary for the safe and efficient execution of the work. Two other employees testified as to their present views but not as to the reasons for adoption of the policy at the time. In my view, it would be impossible on this evidence to come to the conclusion as my colleague does that "the employees" had the necessary sincerely held belief. The Board could not make this finding and neither can we. In my opinion, the fact that the employer and the bargaining agent of the employees acting in good faith and without any improper motive entered into a collective agreement is preferable than attempting to ascertain what were the views of employees after the fact.

With respect to my colleague's concern that the standard that I propose might enable an employer

pour le motif que ce dernier avait quelques réserves quant à son opportunité. Les intimés ont fait valoir qu'une conviction subjective que l'exigence est souhaitable permettrait de faire en sorte que les employeurs songent à d'autres solutions et, partant, de diminuer les cas de discrimination. Toutefois, on ne tirerait aucun avantage logique à contraindre l'employeur à chercher des solutions de rechange raisonnables à la demande pressante et insistante du syndicat lorsque objectivement il n'en existe pas. J'estime toutefois que, en toute logique, la clause de la convention collective ne doit pas avoir été adoptée par le syndicat pour un motif inavoué ou discriminatoire.

J'ai étudié les observations du juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs de jugement. Elle substituerait la conviction sincère des «employés» à celle de l'employeur. Il serait pourtant difficile de s'assurer de la conviction des employés au moment critique où la règle contestée est adoptée. Les employés n'agissent pas de concert. Ils sont parfois divisés. Les difficultés qu'entraîne cette conception sont illustrées avec justesse en l'espèce. La commission d'enquête renvoie dans la preuve à quatre employés qui ont été appelés à témoigner. Deux d'entre eux ont témoigné qu'ils appuyaient la politique de la retraite obligatoire à l'époque; toutefois, leur témoignage n'a pas révélé qu'ils croyaient sincèrement que la politique était nécessaire pour assurer une exécution sûre et efficace du travail en question. Deux autres employés ont exprimé leur opinion actuelle, mais ils n'ont pas témoigné sur les raisons pour lesquelles la politique avait été adoptée à l'époque. À mon avis, sur le fondement de cette preuve, il serait impossible de conclure, comme ma collègue le fait, que «les employés» avaient la conviction sincère nécessaire. Nous ne sommes pas en mesure, pas plus que ne l'était la commission d'enquête, de tirer cette conclusion. À mon sens, le fait que l'employeur et l'agent négociateur des employés ont, de bonne foi et sans motif illégitime, adhéré à une convention collective, vaut mieux que de tenter de cerner les opinions des employés après coup.

Quant à la crainte de ma collègue que la norme que je propose puisse permettre à l'employeur

to adopt an all-males policy because it was considered normal, I find it difficult to envisage a situation where such a policy could be justified on an objective basis unless the work were in fact shown to be such that only males could safely do the job. Although theoretically possible, this would be an exceptional case. In such a case, however, I fail to appreciate how imposing the additional requirement of the belief of the all-male employees would operate to protect human rights. It would not be surprising to find that, where it is objectively proved that the work can only be performed safely and efficiently by males and the rule is included in a collective agreement, both the employer and employees believe that the rule is necessary.

d'adopter une politique d'embauche réservée aux hommes parce qu'elle est jugée normale, il m'est difficile d'imaginer une situation où une telle politique pourrait être justifiée objectivement, à moins qu'on établisse que le travail est tel qu'en fait seuls les hommes peuvent l'exécuter sans danger. Bien que cela soit possible en théorie, il s'agirait d'un cas exceptionnel. Dans un tel cas toutefois, je ne peux concevoir comment le fait d'imposer l'exigence supplémentaire concernant la conviction des employés exclusivement mâles protégerait les droits de la personne. Il ne serait guère surprenant de constater que, lorsqu'il est objectivement établi que le travail ne peut être exécuté de façon sûre et efficace que par des hommes et que la règle est introduite dans une convention collective, tant l'employeur que les employés estiment que la règle est nécessaire.

26

Applying these principles to this appeal, the Board of Inquiry found that the appellant employer acted honestly and without an ulterior motive in entering into the collective agreement. The employees, through their representatives, favoured the mandatory age 60 retirement policy. Indeed, in the early 1970's when the policy was advanced by the Police Association, the respondent, Large, was a secretary of the Police Association from 1970 to 1973, and president from 1973 to 1976. According to evidence adduced at the inquiry, the Police Association members were concerned about better pensions, and there was some evidence that concern as to the safe and healthy performance of the job was part of the reason for advancing and adopting the policy. There is no suggestion that either the appellant employer or the union was motivated by any ulterior motive. The purpose of the subjective test is therefore satisfied. Accordingly, assuming that this policy meets the objective test, it will be justified as a BFORQ.

Si l'on applique ces principes à la présente affaire, la commission d'enquête a conclu que l'employeur appelant a agi avec sincérité et sans motif inavoué en adhérant à la convention collective. Les employés, par l'entremise de leurs représentants, ont voté en faveur de la politique de la retraite obligatoire à 60 ans. En fait, au début des années 1970, au moment où la politique a été soumise par l'association des policiers, l'intimé Large en était le secrétaire (de 1970 à 1973) et il en a été le président de 1973 à 1976. Suivant la preuve produite à l'enquête, les membres de l'association des policiers souhaitaient obtenir des pensions plus avantageuses, et certains éléments de preuve ont révélé que c'est en partie parce qu'ils avaient des préoccupations quant à l'exécution sûre et sans danger du travail qu'ils ont proposé et adopté la politique. Rien ne donne à entendre que l'employeur appelant ou le syndicat nourrissait un motif inavoué. Le but du critère subjectif est donc atteint. Pour cette raison, si on tient pour acquis que la politique respecte le critère objectif, elle sera justifiée à titre d'EPN.

2. *Role of Reasonable Accommodation in Objective Test for a BFORQ*

2. *Le rôle d'un accommodement raisonnable dans le critère objectif de l'EPN*

27

The second part of the BFORQ test as set forth in *Etobicoke*, *supra*, at p. 208, is the objective branch:

Le second volet du critère relatif à l'EPN est objectif, et il a été formulé ainsi dans l'arrêt *Etobicoke*, précité, à la p. 208:

In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

The issue is whether this objective arm of the BFORQ test incorporates a duty on the part of the employer to accommodate individuals by adjusting their duties so as to avoid the risk which the mandatory retirement policy seeks to address.

The reasons of the Board correctly point out that in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, this Court held that once a BFORQ defence has been made out there is no duty to accommodate and that this principle was reaffirmed with respect to direct discrimination in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489. The Board, however, went on to add that “in the assessment of a *bona fide* occupational qualification or requirement, the question of reasonableness should include consideration of the possibility of accommodation” (p. D/141). This extension to the principles enunciated in *Bhinder* and *Alberta Dairy Pool* was applied by the Board to require individual accommodation of the police officers who had reached the age of 60 and were, therefore, susceptible to the risks which the mandatory retirement rule sought to avoid. On this basis the Board found that the mandatory retirement policy failed the objective test.

The Divisional Court characterized this aspect of the Board’s reasons as an unfortunate use of the words “reasonable accommodation” but in its opinion this was simply a different way of expressing the requirement recognized in *Alberta Dairy Pool* and *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, that the employer negate the existence of reasonable alternatives to the rule. The Court of Appeal was inclined to agree with the majority of the Divisional Court in this respect.

Elle doit en outre se rapporter objectivement à l’exercice de l’emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l’exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l’employé, ses compagnons de travail et le public en général.

La question est de savoir si le volet objectif du critère de l’EPN impose une obligation à l’employeur de tenir compte de la situation individuelle de chaque employé en remaniant ses fonctions de façon à éliminer le risque que vise à écarter la politique de la retraite obligatoire.

Dans ses motifs, la commission d’enquête souligne à raison que, dans l’arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, notre Cour a conclu que, dès lors que la défense fondée sur l’existence d’une EPN est établie, il n’existe aucune obligation d’accommodement et que ce principe a été réaffirmé à l’égard de la discrimination directe dans l’arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489. La commission a cependant ajouté que [TRADUCTION] «dans l’analyse d’une exigence professionnelle normale, il faudrait, pour en apprécier le caractère raisonnable, considérer les possibilités d’accommodement» (p. D/141). La commission a ainsi élargi les principes énoncés dans les arrêts *Bhinder* et *Alberta Dairy Pool* pour exiger que les policiers ayant atteint l’âge de 60 ans qui, partant, sont exposés aux risques que la règle de la retraite obligatoire visait à éviter, bénéficient d’un accommodement. Sur ce fondement, la commission a conclu que la politique de retraite obligatoire échouait au critère objectif.

La Cour divisionnaire a qualifié cet aspect des motifs de la commission d’enquête d’utilisation regrettable des mots «accommodement raisonnable»; à son avis, toutefois, c’était là simplement une façon différente de formuler l’exigence, reconnue dans les arrêts *Alberta Dairy Pool* et *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, voulant que l’employeur réfute l’existence de solutions raisonnables de rechange à la règle en question. La Cour d’appel tendait à partager l’avis des juges majoritaires de la Cour divisionnaire à cet égard.

30

In my opinion it was an error to equate individual accommodation with the requirement relating to reasonable alternatives. The latter is a requirement that is fundamental to the concept of a BFORQ defence. Justification of a general rule that treats all employees as having the same characteristics, notwithstanding that some will not, is dependent on proof that it was not practical to identify and exempt from the general rule those who lacked the requisite characteristics. As Wilson J. stated in *Alberta Dairy Pool*, at p. 513:

... justification of a rule manifesting a group stereotype depends on the validity of the generalization and/or the impossibility of making individualized assessments.

31

Alberta Dairy Pool was preceded by this Court's decision in *Saskatoon* in which a rule requiring firefighters to retire at age 60 was upheld. A principal attack on the rule was made on the ground that individual testing was a reasonable alternative to the general mandatory retirement rule. The rationale for exploring reasonable alternatives is explained in the judgment of this Court at pp. 1309-10:

This test obliges the employer to show that the requirement, although it cannot necessarily be justified with respect to each individual, is reasonably justified in general application. This interpretation was reaffirmed in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, *supra*, per McIntyre J. at p. 589, and per Wilson J. at p. 580. The dichotomy between an individualized approach and an approach based on average characteristics is of the very essence of a defence of this kind. The general philosophy of human rights legislation is that persons are not to be judged or dealt with on the basis of external characteristics such as race, age, sex, etc., but on individual merit. That is the general rule, and violation of it constitutes discrimination. As pointed out by McIntyre J. in *Etobicoke*, the defence of *bona fide* occupational qualification or requirement is an exception to the general rule. In the limited circumstances in which this defence applies, it is not individual characteristics that are determinative but general characteristics reasonably applied. It is important to bear in mind that we are

À mon sens, c'était une erreur que d'assimiler l'accommodement individuel à l'exigence concernant l'existence de solutions de rechange raisonnables. Cette dernière exigence est fondamentale au concept de la défense fondée sur l'EPN. La justification d'une règle générale qui traite tous les employés comme ayant les mêmes caractéristiques, en dépit du fait que certains ne les possèdent pas, dépend de la preuve qu'il n'était pas pratique d'identifier et d'exclure de l'application de la règle générale ceux qui n'avaient pas les caractéristiques requises. Ainsi que le juge Wilson l'a dit dans *Alberta Dairy Pool*, à la p. 513:

... la justification d'une règle révélant un stéréotype de groupe dépend ou bien de la validité de la généralisation ou bien de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement, ou des deux.

L'arrêt *Alberta Dairy Pool* a été précédé par l'arrêt *Saskatoon* de notre Cour, où la règle contraignant des pompiers à prendre leur retraite à 60 ans a été maintenue. La règle était contestée principalement pour le motif que la possibilité d'effectuer des tests individuels était une solution de rechange raisonnable à la règle de la retraite obligatoire applicable à tous. Notre Cour a expliqué dans ce jugement, aux pp. 1309 et 1310, la raison pour laquelle il y a lieu de rechercher des solutions de rechange raisonnables:

Ce critère oblige l'employeur à démontrer que l'exigence, même si elle ne se justifie pas nécessairement dans le cas de chaque individu, est raisonnablement justifiée dans son application générale. Cette interprétation a été confirmée dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précité, par le juge McIntyre, à la p. 589, et par le juge Wilson, à la p. 580. La dichotomie entre une méthode individualisée et une méthode fondée sur les caractéristiques moyennes est l'essence même de ce genre de défense. La philosophie générale des lois en matière de droits de la personne veut que les personnes soient jugées ou traitées non pas en fonction de caractéristiques externes telles la race, l'âge, le sexe, etc., mais plutôt en fonction de leur mérite individuel. C'est la règle générale et sa violation constitue de la discrimination. Comme le fait remarquer le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*, le moyen de défense de l'exigence professionnelle réelle [ou normale] est une exception à la règle générale. Dans les cas limités d'applicabilité de ce moyen de défense, ce ne

speaking of a defence to a charge of discrimination. If an employer were required to show that each employee at age sixty is physically incapable of doing the work, there would be no necessity of a defence of reasonable occupational qualification or requirement. The employer in the circumstances to which I refer would have negated discrimination. That would be open to an employer in the absence of a provision such as s. 16(7) of the Code.

The judgment goes on to explain that an employer may fail to discharge the burden of showing that the rule is reasonable if he or she does not deal satisfactorily with the impracticality of justifying the rule with respect to each employee by individual testing.

In this case the Board found that individual testing was not feasible. In view of this finding, the appellant employer had discharged the obligation of showing that individual assessment was impractical and, therefore, a general rule was necessary. There was no suggestion that there might have been some other method of identifying those, if any, who had reached the age of 60 but were not in the risk category.

The alternative of individual accommodation by adjusting the duties of individual police officers is not an alternative that would serve to justify the rule on an individual basis by identifying those who do not share the characteristics which the rule addresses and to whom the underlying rationale of the rule does not apply. It is an alternative that requires that the circumstances of each employee to whom the rationale of the rule does apply be examined and that each employee's duties be adjusted so as to render the rule unnecessary. This is not an alternative which responds to the question as to why a general rule was necessary which includes some who do not share the common characteristic or characteristics. It is, therefore, an impermissible extension of the principles in *Bhinder, Saskatoon and Alberta Dairy Pool* and is

sont pas les caractéristiques individuelles qui sont déterminantes, mais les caractéristiques générales appliquées de façon raisonnable. Il importe de se rappeler qu'il s'agit d'un moyen de défense à une accusation de discrimination. Si un employeur était tenu de montrer que chaque employé âgé de soixante ans est dans l'incapacité physique de remplir ses fonctions, il n'y aurait aucun besoin du moyen de défense qu'est l'exigence professionnelle raisonnable. Dans de telles circonstances, l'employeur aurait établi l'absence de discrimination. C'est ce que pourrait faire un employeur en l'absence d'une disposition comme le par. 16(7) du Code.

Le jugement explique ensuite qu'il se peut qu'un employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de la règle s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il lui était impossible de justifier la règle relativement à chaque employé au moyen de tests individuels.

En l'espèce, la commission d'enquête a conclu que les tests individuels étaient impossibles. Compte tenu de cette conclusion, l'employeur appelant s'est acquitté de son obligation de démontrer que l'évaluation individuelle était impraticable et, partant, que l'adoption d'une règle générale était nécessaire. On n'a pas prétendu qu'il pouvait exister une autre méthode permettant de déterminer ceux, le cas échéant, qui avaient atteint l'âge de 60 ans, mais ne se trouvaient pas dans le groupe à risque.

Si on opte pour la solution qui consiste à tenir compte de la situation de chacun des policiers en remaniant leurs fonctions, on ne peut ainsi justifier la règle de façon individuelle en identifiant ceux qui ne possèdent pas les caractéristiques que la règle vise et qui ne sont pas concernés par le principe qui sous-tend la règle. Il s'agit d'une solution qui requiert que soit examinée la situation de chaque employé concerné par le principe qui sous-tend la règle et que soient remaniées les fonctions de chaque employé de façon à rendre la règle inutile. Ce n'est pas une solution qui répond à la question de savoir pourquoi il était nécessaire d'adopter une règle générale qui englobe des personnes ne partageant pas la ou les caractéristiques communes. Elle constitue donc un élargissement inadmissible des principes énoncés dans les arrêts

32

33

inconsistent with the concept of a BFORQ defence as explained in those cases.

34 I am satisfied that there was a preponderance of evidence to support a finding that the combination of the risk of cardiovascular disease and the decline of aerobic capacity discharged the appellant employer's obligation with respect to the objective branch of the BFORQ. Indeed I interpret the Board's reasons as having made this finding subject to the influence of the Board's view that individual accommodation was required. I reproduce the relevant findings.

35 In dealing with the evidence of police officers the Board stated (at p. D/139):

The evidence did suggest there is a wide-spread belief among police officers that officers over age 60 cannot as a rule perform to an acceptable level. This belief is based in part on experience that the great majority of officers in fact choose to retire before age 60 and many of those retiring do so because they no longer feel able to continue with police work.

36 In reviewing the scientific evidence the Board observed as follows (at p. D/146):

On the other hand, there is some basis for supporting an age 60 mandatory retirement policy arising from the concerns as to cardiovascular disease and aerobic capacity. The import of the preceding review of these aspects is that, viewed separately and on the state of the evidence in this case, neither is sufficient to reasonably support an exclusion of persons over age 60 from employment as police officers. Since each of these factors provides some basis for a mandatory retirement rule, the combination does strengthen that support.

Moreover, there is some compounding of this support because of the possible interrelationship between limited aerobic capacity and cardiovascular problems. There is the possibility that an older officer might attempt activity beyond the officer's aerobic capacity and thereby complicate any existing cardiovascular weakness.

Bhinder, Saskatoon et Alberta Dairy Pool, et elle n'est pas compatible avec le concept de la défense fondée sur l'EPN tel qu'il a été expliqué dans ces arrêts.

Je suis convaincu que, suivant la prépondérance de la preuve, il est permis de conclure que la combinaison du risque d'une maladie cardiovasculaire et du déclin de la capacité aérobie a libéré l'employeur appelant de son obligation relativement au volet objectif du critère de l'EPN. En fait, d'après mon interprétation des motifs de la commission d'enquête, cette dernière a tiré cette conclusion, sous réserve de l'influence de son opinion qu'il était nécessaire de tenir compte de la situation de chacun. Je reproduis les conclusions pertinentes.

La commission d'enquête a tenu les propos suivants relativement aux témoignages des policiers (à la p. D/139):

[TRADUCTION] La preuve indique qu'il y a une croyance répandue parmi les policiers que ceux d'entre eux qui sont âgés de plus de 60 ans ne peuvent en général exécuter leurs fonctions de façon satisfaisante. Cette conviction est fondée en partie sur le fait que la vaste majorité des policiers choisissent en fait de prendre leur retraite avant l'âge de 60 ans, et que nombre de ceux-là estiment qu'ils ne sont plus en mesure de poursuivre le travail de policier.

Dans son examen de la preuve scientifique, la commission a dit (à la p. D/146):

[TRADUCTION] D'autre part, les préoccupations relatives aux maladies cardiovasculaires et à la capacité aérobie viennent appuyer dans une certaine mesure l'adoption d'une politique de retraite obligatoire à 60 ans. L'analyse précédente de ces aspects fait que, considérés séparément et suivant l'état de la preuve en l'espèce, ni l'un ni l'autre n'est suffisant pour fonder raisonnablement la décision d'exclure les personnes de plus de 60 ans d'un poste de policier. Puisque chacun de ces facteurs offre une certaine assise à la règle de la retraite obligatoire, la combinaison renforce cet appui.

En outre, ce soutien se trouve accru par le lien possible entre le déclin de la capacité aérobie et les problèmes cardiovasculaires. Il peut arriver qu'un policier plus âgé tente d'accomplir une activité qui excède sa capacité aérobie et aggrave ainsi une faiblesse cardiovasculaire existante.

I am still not persuaded that the combination of these factors is sufficient to make age 60 retirement a *bona fide* occupational qualification and requirement. Since the restriction in aerobic capacity can be reasonably accommodated, the possible compounding of limitations on aerobic capacity and cardiovascular disease is avoidable. The failure to address the risk of cardiovascular disease except in the case of those over age 60 leaves unanswered the excessiveness of an exclusion from employment to a particular group. Thus, the combination of these factors really does not change the conclusion that this restriction fails to satisfy the reasonableness test.

I therefore agree with Zuber J., dissenting, that the impact of the evidence relating to the objective test was diluted by the concept of individual accommodation and that on a proper instruction on the law, the finding would have been in favour of the appellants. Accordingly, both the subjective and objective elements of a BFORQ defence having been established, the appellants are entitled to a dismissal of the complaint.

Finally, it is appropriate to observe that the complaint was dealt with more than nine years after the respondent Large was obliged to retire and more than eight years after the complaint was lodged. The appeal proceedings have consumed a further five years. Delay in human rights proceedings which often involve employment or living accommodation can have serious consequences for the applicant. In employment cases, reinstatement is a remedy that is frequently sought. A delay of several years can be prejudicial by reason of the hardship to the applicant whose employment has been terminated and, in cases involving discrimination on the basis of age, may affect the feasibility of the remedy. For example, if it were necessary to consider the remedy of reinstatement in this case, we would be dealing with an applicant who is now 75 years of age. In view of the fact that it is the aim of human rights legislation to provide a prompt and relatively inexpensive method of resolving complaints, the delay in this case is a cause for serious concern.

Je ne suis toujours pas persuadé que la combinaison de ces facteurs soit suffisante pour faire de la retraite à 60 ans une exigence professionnelle normale. Puisqu'on peut raisonnablement pallier le déclin de la capacité aérobie, l'effet cumulatif possible du déclin de la capacité aérobie et de la maladie cardiovasculaire peut être évité. Le fait de ne tenir compte du risque de maladie cardiovasculaire qu'à l'égard de ceux qui sont âgés de plus de 60 ans laisse sans réponse le caractère excessif de la décision d'exclure d'un emploi un groupe particulier. Aussi, la combinaison de ces facteurs ne change réellement pas la conclusion que cette restriction ne satisfait pas au critère du caractère raisonnable.

Je conviens par conséquent avec le juge Zuber, dissident, que l'impact de la preuve relative au critère objectif a été atténué par le concept de l'accommodement individuel et que, suivant une application juste du droit, la conclusion aurait été en faveur des appelants. Pour cette raison, l'élément subjectif et l'élément objectif d'une défense fondée sur l'EPN ayant tous deux été établis, les appelants ont droit au rejet de la plainte.

Enfin, il convient de faire remarquer que la plainte a été examinée plus de neuf ans après la mise à la retraite de l'intimé Large et plus de huit ans après son dépôt. Les procédures d'appel se sont étalées sur cinq autres années. Les délais dans les procédures en matière de droits de la personne, qui portent souvent sur l'emploi ou sur le logement, peuvent avoir des conséquences graves pour le demandeur. Dans les cas qui touchent l'emploi, la réintégration est souvent la réparation demandée. Un délai de plusieurs années peut être préjudiciable en raison de la difficulté que subit le demandeur à l'emploi duquel il est mis fin et, dans les cas de discrimination fondée sur l'âge, peut nuire à la possibilité d'apporter la réparation. Par exemple, s'il était nécessaire d'envisager la réintégration comme réparation en l'espèce, nous serions devant un demandeur maintenant âgé de 75 ans. Compte tenu du fait que les lois sur les droits de la personne visent à fournir une méthode prompte et relativement peu coûteuse de résoudre les plaintes, le délai dans la présente affaire est particulièrement alarmant.

37

38

VI. Disposition

39 I would allow the appeal, set aside the decisions below and dismiss the complaint. The appellants did not ask for costs in their request for relief nor in their oral argument. There will, therefore, be no order as to costs.

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

40 *L'HEUREUX-DUBÉ J.* — Although I agree with the result reached by my colleague *Sopinka J.*, I have some concerns about his formulation of both the subjective and objective tests for a *bona fide* occupational requirement (“*BFOR*”), which is at the heart of this case.

41 At the outset, however, I do agree with the standard of review adopted by the Court of Appeal in the following terms:

In other words, it appears to us that the deference which the courts should give to findings of fact of human rights tribunals is based chiefly on their function and role as the tribunal of first instance which sees and hears the witnesses, both lay and expert.

We add, with the greatest respect, that we think this conclusion is in accord with long-accepted principles relating to both judicial and appellate review. Merely because there is a statutory right of appeal on questions of fact as well as law (which is the general position with respect to appeals in civil cases) and, also, a power in the court to substitute its view of the facts for that of the tribunal below (which is also common in civil cases: *e.g.*, the appeal court “may . . . make any order or decision that ought to or could have been made by the court or tribunal appealed from”: *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(1)(a)) does not mean that there is no room for deferring to the findings of fact of the body which had the signal advantage of seeing and hearing the witnesses, and which has experience in conducting statutory hearings in human rights cases.

((1993), 16 O.R. (3d) 385, at p. 389.)

VI. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier les décisions rendues par les juridictions inférieures et de rejeter la plainte. Les appelants n'ont pas demandé les dépens dans leur requête en réparation, ni dans leur plaidoirie. Il n'y aura donc aucune ordonnance relative aux dépens.

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

LE JUGE *L'HEUREUX-DUBÉ* — Bien que je souscrive au résultat auquel en arrive mon collègue le juge *Sopinka*, j'ai quelques réserves quant à sa formulation des critères subjectif et objectif de l'exigence professionnelle normale («*EPN*»), qui se trouve au cœur du litige en l'espèce.

Dès le départ, toutefois, je suis d'accord avec la norme de contrôle adoptée par la Cour d'appel:

[TRADUCTION] En d'autres termes, il nous paraît que la retenue dont les tribunaux doivent faire preuve à l'égard des conclusions de fait tirées par les tribunaux de droits de la personne repose principalement sur leur fonction et rôle de tribunal de première instance qui voit et entend les témoins, tant ordinaires qu'experts.

De plus, en toute déférence, nous estimons cette conclusion compatible avec les principes depuis longtemps reconnus en matière de contrôle judiciaire et d'appel. Le simple fait qu'une loi prévoit un droit d'appel à la fois sur les questions de fait et les questions de droit (la position qui vaut en général relativement aux appels en matière civile) et, par ailleurs, que le tribunal a le pouvoir de substituer son opinion des faits à celle du tribunal d'instance inférieure (ce qui est également habituel dans les affaires civiles: par ex., le tribunal d'appel «peut [. . .] rendre l'ordonnance ou la décision que le tribunal dont il y a appel aurait dû ou pu rendre»: *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, al. 134(1)a)), ne signifie pas pour autant qu'il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait tirées par l'organisme qui a eu l'avantage insigne de voir et d'entendre les témoins, et qui jouit d'une expérience en matière d'auditions prévues par la loi dans les affaires relatives aux droits de la personne.

((1993), 16 O.R. (3d) 385, à la p. 389.)

The questions of law before the Board of Inquiry (the "Board"), which according to the jurisprudence of this Court must be answered correctly, relate to the proper test to be applied for a BFOR.

As regards the subjective test, the Board's articulation raises two questions. First, the appellants argue that the Board, by requiring the employer to show that it has a "rational basis" for imposing the discriminatory measure, has injected into the "subjective part of the test an element that is only properly considered at the second and objective stage" (appellants' factum, para. 73). Second, the appellants submit that, in the case of a long-standing restriction adopted by an employer as a result of employee demands through the collective bargaining process, it is inappropriate to require direct and convincing evidence of a "sincerely held belief". I shall consider each argument in turn.

First, I reject the appellants' argument that the Board improperly injected into the "subjective part of the test an element that is only properly considered at the second and objective stage". While I agree with the appellants that it would be an error of law to import into the subjective test elements of the objective test, I find that this is not what the Board actually did. Admittedly, the following statement by the Board suggests that it required proof of a rational basis for the mandatory retirement policy as a component of the subjective test:

There was . . . an onus on the respondents [the appellants in this case] to show that they actually had some rational basis for the policy. [Emphasis added.]

((1990), 14 C.H.R.R. D/138, at p. D/142.)

However, despite the unfortunate language chosen by the Board, I do not think that it meant to say that the objective rationality of the mandatory retirement policy should be examined as part of the subjective test. Specifically, if one carefully examines the Board's reasons with respect to the subjec-

Les questions de droit soulevées devant le Tribunal, qui, suivant la jurisprudence de notre Cour, doivent recevoir une réponse correcte, portent sur le critère qu'il convient d'appliquer relativement à une EPN.

Pour ce qui est du critère subjectif, l'exposé du Tribunal soulève deux questions. D'une part, les appelants font valoir qu'en contraignant l'employeur à démontrer que l'imposition d'une mesure discriminatoire a un «fondement rationnel», le Tribunal a incorporé dans le [TRADUCTION] «volet subjectif du critère un élément qui n'est à bon droit considéré que dans le second volet, l'étape objective» (mémoire des appelants, par. 73). D'autre part, les appelants soutiennent que, dans le cas d'une restriction adoptée de longue date par un employeur en réponse aux revendications des employés dans le cadre du processus de négociation collective, c'est à tort que l'on exige une preuve directe et convaincante de l'existence d'une «conviction sincère». J'étudierai chaque argument à tour de rôle.

Premièrement, je rejette l'argument des appelants suivant lequel le Tribunal a à tort incorporé dans le «volet subjectif du critère un élément qui n'est à bon droit considéré que dans le second volet, l'étape objective». Si je conviens avec les appelants qu'il serait erroné en droit d'incorporer au critère subjectif des éléments du critère objectif, j'estime que ce n'est pas ce que le Tribunal a fait. Certes, les propos suivants du Tribunal donnent à entendre qu'il exigeait une preuve du fondement rationnel de la politique de retraite obligatoire comme élément du critère subjectif:

[TRADUCTION] Il incombait [. . .] aux intimés [les appelants en l'espèce] d'établir que la décision d'adopter la politique reposait véritablement sur un fondement rationnel. [Je souligne.]

((1990), 14 C.H.R.R. D/138, à la p. D/142.)

Cependant, en dépit du langage regrettable emprunté par le Tribunal, je ne crois pas que ses membres entendaient par là que la rationalité objective de la politique de retraite obligatoire doive être considérée comme faisant partie du critère subjectif. Plus précisément, si l'on considère

42

43

44

tive test, one can see that it was not actually interested in whether the appellants' reason for implementing the retirement policy was rational *per se*. All it was interested in was whether there was any evidence of a "sincerely held belief" that the retirement policy was necessary in the interest of the adequate performance of police force work. Such a determination was clearly envisaged as a legitimate component of the subjective test. In *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, McIntyre J. stated (at p. 208):

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. [Emphasis added.]

45

This, of course, brings me to the second legal error alleged by the appellants. Specifically, they suggest that in the case of a long-standing restriction adopted by an employer as a result of employee demands through the collective bargaining process, it is inappropriate to require direct and convincing evidence of a "sincerely held belief" on behalf of the employer. On this point, the appellants submitted:

74. The collective bargaining process also must be considered when assessing the subjective test. Collective agreements represent carefully constructed and fairly negotiated bargains between employers and employees. These agreements cannot be readily dismissed from consideration. Cory J. in *Dickason [v. University of Alberta]*, [1992] 2 S.C.R. 1103, stated at page 1133:

"It is safe to assume that the terms of the collective agreement pertaining to compulsory retirement were not the manifestation of an abuse of its power by the employer University. Rather, they represent a carefully considered agreement that was negotiated with

attentivement les motifs du Tribunal sur le critère subjectif, on constate qu'il ne se préoccupait pas réellement de savoir si la raison des appelants pour mettre en œuvre la politique de retraite était rationnelle en soi. Il cherchait uniquement à savoir s'il y avait une preuve d'une «conviction sincère» que la politique de retraite était nécessaire pour assurer l'exécution satisfaisante du travail de la police. Une telle détermination a clairement été considérée comme un élément légitime du critère subjectif. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, le juge McIntyre a tenu les propos suivants, à la p. 208:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle [ou normale], une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. [Je souligne.]

Cela m'amène tout naturellement à la seconde erreur de droit invoquée par les appelants. Ils prétendent, plus précisément, que lorsqu'il s'agit d'une restriction adoptée de longue date par l'employeur en réponse aux revendications des employés dans le cadre du processus de négociation collective, c'est à tort que l'on exige une preuve directe et convaincante de l'existence d'une «conviction sincère» chez l'employeur. À cet égard, les appelants ont avancé ce qui suit:

[TRADUCTION]

74. Il faut également prendre en considération le processus de négociation collective à l'étape de l'appréciation du critère subjectif. Les conventions collectives sont le fruit d'ententes soigneusement façonnées et justement négociées entre employeurs et employés. Elles ne peuvent être tout simplement négligées. Dans l'arrêt *Dickason [c. Université de l'Alberta]*, [1992] 2 R.C.S. 1103, le juge Cory s'est exprimé dans les termes suivants, à la p. 1133:

«On peut présumer sans risque d'erreur que les clauses de la convention collective portant sur la retraite obligatoire ne traduisaient pas un abus de pouvoir de la part de l'employeur, l'Université. Elles constituent plutôt une entente examinée avec soin qui a été négoc-

the best interests of all members of the faculty association in mind.”

76. Many policies are adopted by employers in the collective bargaining process without an ulterior motive, but also with a “neutral” state of mind on the part of the employer. Often policies of employers instituted as a result of reaction to outside pressures, such as collective bargaining, persist as the result of “institutional inertia.” The Board’s interpretation of the subjective test would make it impossible for any of these policies to be justified subsequently as a bona fide occupational requirement, even where there is objective justification for such a policy. In certain cases, such as the present case, such a consequence would be to the prejudice of hard-won protections negotiated by the employees for their collective benefit. The Board has transformed the straight forward requirement that an employer may not have a discriminatory motive and has given McIntyre J.’s formulation of this concept in *Etobicoke* a life far beyond what was intended or is necessary.

In general, I agree with these arguments put forward by the appellants. Where policies have been adopted as part of the collective bargaining process, in response to demands by the employees, it seems unfair to require that the employer prove a “sincerely held belief” that the provision was necessary. In such circumstances, the employer often will not have a “sincerely held belief” that the policy is needed, other than a belief that it is needed to satisfy the union. Consequently, where a restriction is imposed at the behest of the employees, it is the “sincerely held belief” of the employees which is more relevant to the subjective test.

At the same time, the absence of improper motives on the part of employees and management cannot alone be sufficient to meet the subjective test. I must therefore distance myself from my colleague Sopinka J.’s assertion that (at para. 23):

If both parties are acting in good faith and as a result of negotiations arrive at an agreement that is shown to be reasonably necessary so as to satisfy the objective test, it appears unproductive to insist on scrutinizing the nego-

ciée en tenant compte du meilleur intérêt de tous les membres de l’association des professeurs.»

76. Au cours du processus de négociation collective, l’employeur adopte nombre de politiques sans motif inavoué, mais également dans un état d’esprit «neutre». Il arrive fréquemment que les politiques instituées par l’employeur en réaction à des pressions externes, comme les négociations collectives, persistent du fait d’une «inertie institutionnelle». Suivant l’interprétation que le Tribunal donne au critère subjectif, ces politiques ne pourraient par la suite être justifiées à titre d’exigences professionnelles normales, même lorsqu’elles sont justifiées objectivement. Dans certains cas, comme en l’espèce, une telle conséquence causerait un tort à des protections durement acquises et négociées par les employés dans leur intérêt collectif. Le Tribunal a dénaturé la simple exigence que l’employeur ne doit pas avoir un motif discriminatoire, et a revêtu la formulation de ce concept par le juge McIntyre dans l’arrêt *Etobicoke* d’un sens qui va bien au-delà de ce qui était voulu ou de ce qui est nécessaire.

De façon générale, je suis d’accord avec ces arguments des appelants. Lorsque des politiques sont adoptées dans le cadre du processus de négociation collective en réponse à des revendications des employés, il semble injuste d’exiger que l’employeur établisse sa «conviction sincère» que la disposition était nécessaire. Dans de telles circonstances, il arrive fréquemment que l’employeur n’ait pas la «conviction sincère» que la politique est nécessaire, si ce n’est une conviction qu’elle est nécessaire pour satisfaire le syndicat. Par conséquent, lorsqu’une restriction est imposée à la demande des employés, c’est la «conviction sincère» de ces derniers qui est davantage pertinente quant au critère subjectif.

De même, l’absence de motifs illégitimes de la part des employés et de la direction ne peut à elle seule être suffisante pour satisfaire au critère subjectif. Je dois pour cette raison me dissocier des propos suivants de mon collègue le juge Sopinka (au par. 23):

Si les deux parties agissent de bonne foi et, au terme de négociations, arrivent à une entente dont on démontre la nécessité raisonnable de façon à satisfaire au critère objectif, il paraît improductif de persister à examiner les

tiations to determine whether one party or the other genuinely believed in the necessity of the provision. I do not understand how it advances the cause of human rights to invalidate a sensible, work-related rule supported by the employees and adopted in good faith by the employer because the latter had mental reservations about its desirability.

Adopting such a standard would, in my view, have the effect of legitimizing discrimination. By way of example, the parties might agree to restrict certain kinds of employment to men only, on the basis of a possibly subconscious assumption that such limitations are "normal". Assumptions of this nature prevailed not so long ago in the recruitment of police officers and military personnel, and other examples of such discriminatory beliefs are numerous. Under the approach that my colleague proposes, restrictions based on unquestioned assumptions of this kind would meet the subjective test. This, in my opinion, goes against the purpose of human rights legislation.

48 It has often been said that the purpose of human rights legislation is to protect the right of each person to be dealt with on the basis of the person's individual characteristics rather than on the basis of ascribed, stereotypical group characteristics (see *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 358, per L'Heureux-Dubé J.). Since the BFOR derogates from this right, it must be narrowly construed so that the overall objects of the legislation are not frustrated. In particular, it is my view that a requirement cannot be considered to be *bona fide*, within the meaning of our laws against discrimination, if it was adopted blindly or without due regard for the individual rights of the persons affected. Human rights legislation will not tolerate unquestioned generalizations and assumptions.

49 For these reasons, where the parties to a collective agreement decide to include a general occupational requirement that may be *prima facie* discriminatory both parties must turn their minds to the question of whether the requirement is actually

négociations à la loupe pour déterminer si une partie ou l'autre était sincèrement convaincue de la nécessité de la disposition en question. Je ne comprends pas comment on sert la cause des droits de la personne en invalidant une règle professionnelle raisonnable appuyée par les employés et adoptée de bonne foi par l'employeur, pour le motif que ce dernier avait quelques réserves quant à son opportunité.

Adopter une telle norme aurait pour effet, à mon avis, de légitimer la discrimination. À titre d'exemple, les parties pourraient convenir de réserver certains emplois aux hommes seulement, sur le fondement d'une supposition peut-être subconsciente que de telles restrictions sont «normales». On faisait ce genre de suppositions encore récemment dans le recrutement des policiers et du personnel militaire, et les exemples de telles croyances discriminatoires sont nombreux. Suivant la démarche proposée par mon collègue, les restrictions fondées sur des suppositions non remises en question de cette nature satisferaient au critère subjectif. Cela, à mon avis, va à l'encontre de l'objectif qui sous-tend les lois sur les droits de la personne.

On a souvent dit des lois sur les droits de la personne qu'elles ont pour objet de protéger le droit de chacun d'être traité à partir de ses caractéristiques individuelles plutôt que sur la base de stéréotypes d'un groupe attribués à une personne (voir *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la p. 358, le juge L'Heureux-Dubé). Puisque l'EPN porte atteinte à ce droit, elle doit recevoir une interprétation stricte de façon à ce que les objectifs généraux de la loi ne soient pas contournés. Je suis plus particulièrement d'avis que l'on ne peut tenir l'exigence pour normale au sens de nos lois contre la discrimination si elle a été adoptée aveuglément ou sans égard pour les droits individuels des personnes touchées. Les lois sur les droits de la personne ne toléreront aucune généralisation ou présomption non remise en question.

Pour ces motifs, lorsque les parties à une convention collective choisissent d'inclure une exigence professionnelle générale qui peut, à première vue, être discriminatoire, les deux parties doivent se demander si cette exigence est bel et

warranted, in light of its potentially discriminatory nature. It follows that, in circumstances where a restriction is adopted at the behest of employees, the restriction satisfies the subjective test if it meets the following three criteria:

- (1) there is no evidence of ulterior or discriminatory motive on the part of the employees in demanding the requirement;
- (2) the employees turned their minds to the question of whether the provision was warranted, in light of its potentially discriminatory nature, and possessed a "sincerely held belief" in its necessity; and
- (3) the employer turned its mind to the question of whether the provision was warranted, in light of its potentially discriminatory nature, and did not have an ulterior or discriminatory motive in acquiescing in the employees' demand.

My colleague Sopinka J. expresses the view in his reasons that the beliefs of the employees would be difficult to determine. However, contrary to my colleague, I do not see why the usual evidentiary rules could not be applied in assessing the employees' beliefs.

The above analysis leads to the inevitable conclusion that the Board erred in law by focusing only on the question of whether the employer sincerely believed that the retirement policy was needed, and not focusing also on the state of mind of the employees, who demanded the policy be implemented. The Board should have considered whether the employees sincerely believed the policy was needed and whether they addressed their minds to the question of whether the policy was warranted, in light of its potentially discriminatory nature. After reviewing the evidence before the Board, I conclude that, if the correct principles of law were applied, the impugned provision would satisfy the subjective test. As a result, the Board's conclusion that the subjective test was not satisfied should be set aside.

bien justifiée compte tenu du risque qu'elle soit discriminatoire. Il s'ensuit que la restriction adoptée à la demande des employés satisfait au critère subjectif si elle répond aux trois critères suivants:

- (1) il n'y a pas de preuve que les employés demandent l'exigence pour un motif inavoué ou discriminatoire;
- (2) les employés se sont demandé si la disposition était justifiée compte tenu du risque qu'elle soit discriminatoire, et ont la «conviction sincère» de sa nécessité;
- (3) l'employeur s'est demandé si la disposition était justifiée compte tenu du risque qu'elle soit discriminatoire, et il n'a pas acquiescé à la revendication des employés pour un motif inavoué ou discriminatoire.

Mon collègue le juge Sopinka se dit d'avis que les convictions des employés seraient difficiles à déterminer. Pour ma part, cependant, je ne vois pas pourquoi on ne pourrait pas appliquer les règles de preuve habituelles dans l'appréciation des convictions des employés.

L'analyse qui précède mène inévitablement à la conclusion que le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu'il a porté toute son attention sur la question de savoir si l'employeur était sincèrement convaincu de la nécessité de la politique de retraite, et qu'il a ainsi omis de se pencher également sur l'état d'esprit des employés, qui ont revendiqué la mise en œuvre de la politique. Le Tribunal aurait donc dû s'interroger à savoir si les employés étaient sincèrement convaincus de la nécessité de la politique et s'ils se sont demandé si la disposition était justifiée étant donné le risque qu'elle soit discriminatoire. Après avoir passé en revue la preuve soumise au Tribunal, je conclus que, si les principes de droit pertinents avaient été appliqués, la disposition contestée aurait satisfait au critère subjectif. En conséquence, je suis d'avis d'infirmer la conclusion du Tribunal portant qu'il n'a pas été satisfait au critère subjectif.

50

51

52

I now turn to the objective test. In performing the objective test the Board addressed a preliminary legal question, holding that “in the assessment of a *bona fide* occupational qualification or requirement, the question of reasonableness should include consideration of the possibility of accommodation” (p. D/141). The Board then relied on this conclusion in holding that the objective test was not satisfied. Specifically, it stated (at p. D/146):

On the other hand, there is some basis for supporting an age 60 mandatory retirement policy arising from the concerns as to cardiovascular disease and aerobic capacity. The import of the preceding review of these aspects is that, viewed separately and on the state of the evidence in this case, neither is sufficient to reasonably support an exclusion of persons over age 60 from employment as police officers. Since each of these factors provides some basis for a mandatory retirement rule, the combination does strengthen that support.

Moreover, there is some compounding of this support because of the possible interrelationship between limited aerobic capacity and cardiovascular problems. There is the possibility that an older officer might attempt activity beyond the officer's aerobic capacity and thereby complicate any existing cardiovascular weakness.

I am still not persuaded that the combination of these factors is sufficient to make age 60 retirement a *bona fide* occupational qualification and requirement. Since the restriction in aerobic capacity can be reasonably accommodated, the possible compounding of limitations on aerobic capacity and cardiovascular disease is avoidable. The failure to address the risk of cardiovascular disease except in the case of those over age 60 leaves unanswered the excessiveness of an exclusion from employment to a particular group. Thus, the combination of these factors really does not change the conclusion that this restriction fails to satisfy the reasonableness test. [Emphasis added.]

53

In analysing the decision of the Board with respect to the objective test, it is necessary first to determine whether the possibility of accommodation is relevant in a case of direct discrimination.

J'en viens maintenant au critère objectif. Dans son application du critère objectif, le Tribunal a d'abord résolu une question préliminaire de droit, concluant que, [TRADUCTION] «dans l'analyse d'une exigence professionnelle normale, il faudrait, pour en apprécier le caractère raisonnable, considérer les possibilités d'accommodement» (p. D/141). Il s'est ensuite fondé sur cette conclusion pour juger qu'il n'avait pas été satisfait au critère objectif. Plus précisément, le Tribunal s'est exprimé ainsi (à la p. D/146):

[TRADUCTION] D'autre part, les préoccupations relatives aux maladies cardiovasculaires et à la capacité aérobie viennent appuyer dans une certaine mesure l'adoption d'une politique de retraite obligatoire à 60 ans. L'analyse précédente de ces aspects fait que, considérés séparément et suivant l'état de la preuve en l'espèce, ni l'un ni l'autre n'est suffisant pour fonder raisonnablement la décision d'exclure les personnes de plus de 60 ans d'un poste de policier. Puisque chacun de ces facteurs offre une certaine assise à la règle de la retraite obligatoire, la combinaison renforce cet appui.

En outre, ce soutien se trouve accru par le lien possible entre le déclin de la capacité aérobie et les problèmes cardiovasculaires. Il peut arriver qu'un policier plus âgé tente d'accomplir une activité qui excède sa capacité aérobie et aggrave ainsi une faiblesse cardiovasculaire existante.

Je ne suis toujours pas persuadé que la combinaison de ces facteurs soit suffisante pour faire de la retraite à 60 ans une exigence professionnelle normale. Puisqu'on peut raisonnablement pallier le déclin de la capacité aérobie, l'effet cumulatif possible du déclin de la capacité aérobie et de la maladie cardiovasculaire peut être évité. Le fait de ne tenir compte du risque de maladie cardiovasculaire qu'à l'égard de ceux qui sont âgés de plus de 60 ans laisse sans réponse le caractère excessif de la décision d'exclure d'un emploi un groupe particulier. Aussi, la combinaison de ces facteurs ne change réellement pas la conclusion que cette restriction ne satisfait pas au critère du caractère raisonnable. [Je souligne.]

L'analyse de la décision du Tribunal quant au critère objectif commande que l'on détermine d'abord si la possibilité d'un accommodement est pertinente en ce qui concerne les cas de discrimination directe.

The applicability of the “accommodation” doctrine to BFOR’s has been the subject of some controversy. First, in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, this Court held that there was no duty to accommodate a person who had been excluded by reason of a BFOR because such a duty was inconsistent with the existence of a BFOR. However, in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, Wilson J., for the majority, overruled *Bhinder* stating (at pp. 516-17):

... I am of the view that *Bhinder* is correct in so far as it states that accommodation is not a component of the BFOR test and that once a BFOR is proven the employer has no duty to accommodate. It is incorrect, however, in so far as it applied that principle to a case of adverse effect discrimination. The end result is that where a rule discriminates directly it can only be justified by a statutory equivalent of a BFOQ [a BFOR], i.e., a defence that considers the rule in its totality. . . . However, where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.

The appellants rely on this case to support the argument that “accommodation” is not relevant in a case of direct discrimination such as the case at hand. Consequently, the appellants argue that the Board erred in law in considering the possibility of accommodation.

While I believe such an argument can be made on a narrow reading of *Alberta Dairy Pool*, I also believe that *Alberta Dairy Pool* can be read as permitting consideration of the possibility of accommodation in determining whether a restriction is reasonably necessary and thus qualifies as a BFOR. In other words, I agree that accommodation is not relevant once a BFOR is established; however, it may be relevant in determining whether or not a BFOR has been established. In

L’applicabilité de la théorie de l’«accommodement» à l’EPN n’a pas été sans créer quelque controverse. Ainsi, dans l’arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, notre Cour a conclu qu’il n’était pas nécessaire de faire des accommodements pour une personne exclue en raison d’une EPN puisqu’une telle obligation n’était pas compatible avec l’existence d’une EPN. En revanche, dans l’arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, le juge Wilson, pour la majorité, a renversé l’arrêt *Bhinder* dans les termes suivants, aux pp. 516 et 517:

... je suis d’avis que l’arrêt *Bhinder* est bien fondé lorsqu’il énonce que l’accommodement n’est pas un élément du critère de l’EPN et qu’une fois démontrée l’existence d’une EPN, l’employeur n’a pas d’obligation d’accommodement. En revanche, cet arrêt est mal fondé dans la mesure où il applique ce principe à un cas de discrimination indirecte. Il en résulte finalement que, lorsqu’une règle crée une discrimination directe, elle ne peut être justifiée que par une exception légale équivalente à une EPN, c’est-à-dire un moyen de défense qui envisage la règle dans sa totalité. [. . .] Par contre, lorsqu’une règle crée une discrimination par suite d’un effet préjudiciable, il convient de confirmer la validité de cette règle dans son application générale et de se demander si l’employeur aurait pu composer avec l’employé lésé sans subir des contraintes excessives.

Les appelants s’appuient sur cet arrêt pour étayer leur argument que l’«accommodement» n’a pas sa raison d’être dans les cas de discrimination directe comme celui qui nous occupe. En conséquence, les appelants font valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu’il a considéré les possibilités d’accommodement.

Bien que j’estime qu’une interprétation étroite de l’arrêt *Alberta Dairy Pool* puisse donner prise à un tel argument, je crois que l’on peut également conclure de cet arrêt qu’il est permis de considérer les possibilités d’accommodement pour déterminer si une restriction est raisonnablement nécessaire et constitue donc une EPN. En d’autres termes, je conviens que l’accommodement n’est pas pertinent une fois démontrée l’existence d’une EPN; en revanche, il peut jouer un rôle pour déterminer si

54

55

56

this respect, I note that in *Alberta Dairy Pool*, Wilson J. stated (at p. 518):

If a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be *bona fide*.

In my view, this effectively opens the door to the consideration of the possibility of accommodation in deciding whether a restriction constitutes a BFOR. In this respect, I would adopt the findings of the majority of the Ontario Divisional Court that:

The words "reasonable accommodation" in the context of this case are just another way of saying that if there is a reasonable alternative to a discriminatory policy, the discriminatory policy is not reasonable. This common sense proposition was accepted in *Dairy Pool* at p. 518 S.C.R., p. 437 D.L.R.:

If a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be *bona fide*.

This proposition was also accepted in *Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatoon (City)* (the *Saskatoon Firefighters* case), [1989] 2 S.C.R. 1297, [1990] 1 W.W.R. 481, at pp. 1313-14 S.C.R., p. 492 W.W.R.:

If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it.

However one may parse the various judgments on reasonable accommodation, the Board did not err in law in adopting the common sense proposition that if there is a reasonable alternative to a policy of direct discrimination, that policy is not reasonable and, therefore, not *bona fide* within the meaning of the objective test in *Etobicoke*.

((1992), 9 O.R. (3d) 104, at p. 114.)

Nevertheless, while the availability of possibilities for accommodation is relevant to the determination of whether a rule constitutes a BFOR, I have considerable difficulty with the conclusions

l'existence d'une EPN a été établie. À cet égard, je remarque que, dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*, le juge Wilson observe, à la p. 518:

S'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée.

À mon avis, ces propos ouvrent effectivement la porte à une considération des possibilités d'accommodement aux fins de déterminer si une restriction constitue une EPN. À cet égard, je ferais miennes les conclusions tirées par la Cour divisionnaire de l'Ontario à la majorité:

[TRADUCTION] L'expression «accommodement raisonnable» dans le contexte qui nous occupe n'est qu'une autre façon de dire que, s'il existe une solution de rechange raisonnable à la politique discriminatoire, cette dernière n'est pas raisonnable. Cette proposition sensée a été acceptée dans l'arrêt *Dairy Pool* à la p. 518 R.C.S., à la p. 437 D.L.R.:

S'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée.

Elle a également été acceptée dans *Saskatchewan Human Rights Commission c. Saskatoon (Ville)* (*l'Affaire des pompiers de Saskatoon*), [1989] 2 R.C.S. 1297, [1990] 1 W.W.R. 481, aux pp. 1313 et 1314 R.C.S., à la p. 492 W.W.R.:

S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution.

Quelle que soit la façon dont on analyse les différents jugements qui concernent l'accommodement raisonnable, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en adoptant la proposition sensée portant que, s'il existe une solution de rechange raisonnable à l'adoption d'une politique de discrimination directe, cette politique n'est pas raisonnable et n'est donc pas normale au sens du critère objectif formulé dans l'arrêt *Etobicoke*.

((1992), 9 O.R. (3d) 104, à la p. 114.)

Cependant, bien que l'existence de possibilités d'accommodement soit pertinente pour ce qui est de déterminer si une règle constitue une EPN, j'ai énormément de difficulté à accepter les conclu-

drawn by the Board. In my opinion, it was not demonstrated that accommodation would have been possible in the case at bar. Moreover, sufficient evidence was presented to justify the mandatory retirement provisions as reasonable in light of the duties performed by police officers.

In the result, on the facts of this case as found by the Board, and on a proper application of the law, I believe that the mandatory retirement policy was justified as a BFOR and I would consequently dispose of this appeal as suggested by my colleague Sopinka J.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Lerner & Associates, London.

Solicitor for the respondent the Ontario Human Rights Commission: The Attorney General for Ontario, Toronto.

sions qu'en tire le Tribunal. À mon sens, on n'a pas démontré qu'un accommodement aurait été possible en l'espèce. En outre, on a présenté une preuve permettant d'établir le caractère raisonnable des dispositions relatives à la retraite obligatoire étant donné les fonctions exécutées par les policiers.

En conséquence, compte tenu des faits de l'espèce tels qu'ils ont été constatés par le Tribunal, et suivant une application correcte du droit, j'estime que la politique de retraite obligatoire était justifiée comme EPN et je disposerais en conséquence du présent pourvoi comme le propose mon collègue le juge Sopinka.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants: Lerner & Associates, London.

Procureur de l'intimée la Commission ontarienne des droits de la personne: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

F.J.U. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. U. (F.J.)

File No.: 24159.

1995: April 26; 1995: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Prior inconsistent statements — Admissibility — Accused and complainant making separate statements containing similarities to police — Accused and complainant recanting at trial — Whether trial judge erred in inviting jury to compare complainant's prior inconsistent statement with accused's statement to police in determining if prosecution had established guilt.

The accused was arrested following a report that he had engaged in sexual activities with his 13-year-old daughter. In the course of being interviewed by the investigating officer, the daughter stated that her father had been having sexual intercourse with her on a regular basis since December 1987 and described various sexual activities. The last time her father had had sex with her was the previous night. The officer then questioned the accused. He admitted that he had had sex with his daughter many times, described the same sexual activities she had described, and stated that the most recent intercourse had been the previous night. The accused was charged with a number of sexual offences. His statement to the police was admitted as Crown evidence through the testimony of two officers. The Crown also called the complainant daughter as a witness. Although she admitted that she had made the allegations against the accused in her statement, the complainant asserted that the allegations of sexual assault were untrue. The accused also testified at trial. While he admitted having made an inculpatory statement to the police, he denied the truth of much of the statement's contents, including his admissions of having engaged in sexual activity with his daughter. The accused was convicted of one count of incest and two counts of sexual touching. The Court of Appeal, in a majority judgment, upheld the conviction.

F.J.U. Appelant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. U. (F.J.)

N° du greffe: 24159.

1995: 26 avril; 1995: 19 octobre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Admissibilité — Déclarations distinctes comportant des similitudes faites à la police par l'accusé et la plaignante — Rétractation de l'accusé et de la plaignante au procès — Le juge du procès a-t-il eu tort d'inviter le jury à comparer la déclaration antérieure incompatible de la plaignante avec la déclaration faite par l'accusé à la police pour déterminer si la poursuite avait établi la culpabilité?

L'accusé a été arrêté à la suite d'un rapport selon lequel il avait eu des activités sexuelles avec sa fille âgée de 13 ans. Lorsqu'elle a été interrogée par l'agent enquêteur, la fille a déclaré que son père avait régulièrement eu des rapports sexuels avec elle depuis décembre 1987 et elle a décrit diverses activités sexuelles. La dernière fois que son père avait eu des rapports sexuels avec elle, c'était la nuit précédente. Le policier a alors interrogé l'accusé, qui a reconnu avoir eu des rapports sexuels avec sa fille bien des fois, a décrit les mêmes activités sexuelles que cette dernière et a dit que les plus récentes avaient eu lieu la nuit précédente. L'accusé a été inculqué de plusieurs infractions d'ordre sexuel. La déclaration qu'il a faite à la police a été admise comme preuve du ministère public au moyen du témoignage de deux policiers. La Couronne a également cité la fille plaignante comme témoin. Bien qu'elle ait reconnu avoir fait les allégations contre l'accusé dans sa déclaration, elle a affirmé que les allégations d'agression sexuelle n'étaient pas vraies. L'accusé a également témoigné au procès. Bien qu'il ait reconnu avoir fait une déclaration incriminante à la police, il a nié la véracité de la grande partie de cette déclaration, y compris ses aveux selon lesquels il avait eu des activités sexuelles avec sa fille. L'accusé a été déclaré coupable relativement à un chef d'accusation d'inceste et à deux chefs

At issue in this appeal is whether the trial judge erred in inviting the jury to compare the complainant's unadopted prior inconsistent statement with the accused's unadopted statement to the police in determining if the prosecution had established guilt.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The orthodox rule that prior inconsistent statements are not admissible for the truth of their contents is a particular instance of the rule against admitting hearsay. In recent years, however, this Court's decisions have established that the traditional inflexible approach to the hearsay rule and its exceptions is to be rejected in favour of an approach which allows evidence to be admitted and used substantively when it is shown to be reliable and necessary. Both necessity and reliability must be interpreted flexibly, taking account of the circumstances of the case. When the reliability and necessity criteria are met, prior inconsistent statements of witnesses other than the accused are substantively admissible, provided that they would have been admissible as the witness's sole testimony. The gravest danger associated with hearsay evidence, namely the absence of contemporaneous cross-examination, simply does not exist in the case of prior inconsistent statements because the witness is available for cross-examination. The other two dangers, absence of an oath and absence of demeanour evidence, can be met through appropriate police procedures and occasionally appropriate substitutes can be found. Finally, the prior statement is necessary evidence when a witness recants.

A threshold of reliability can sometimes be established, in cases where the witness is available for cross-examination, by a striking similarity between two statements. In order to eliminate, or at least substantially reduce, the likelihood of a similarity between two statements arising through coincidence, the similar factual assertion must be so striking that it is highly unlikely two people would have independently fabricated it. In some cases, the necessary degree of similarity will result from the unique nature of particular factual assertions in both statements. In other situations it may be that the cumulative combination of similar points renders the overall similarity between the two statements suffi-

d'accusation d'attouchements sexuels. La Cour d'appel, dans un arrêt majoritaire, a confirmé la déclaration de culpabilité. Le point litigieux en l'espèce est de savoir si le juge du procès a eu tort d'inviter le jury à comparer la déclaration antérieure incompatible rétractée de la plaignante avec la déclaration faite par l'accusé à la police, et rétractée par la suite, pour déterminer si la poursuite avait établi la culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: La règle orthodoxe selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne sont pas admissibles pour établir la véracité de leur contenu est un exemple particulier de la règle interdisant l'admission du ouï-dire. Toutefois, ces dernières années, la jurisprudence de notre Cour a déterminé que la démarche traditionnelle inflexible relative à la règle du ouï-dire et de ses exceptions doit être rejetée en faveur d'une démarche qui permettrait que des éléments de preuve soient admis et utilisés quant au fond lorsqu'il est démontré qu'ils sont fiables et nécessaires. On doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l'affaire. Lorsque les critères de la fiabilité et de la nécessité sont remplis, les déclarations antérieures incompatibles de témoins autres que l'accusé sont admissibles quant au fond, pourvu qu'elles soient admissibles comme unique témoignage du témoin. Le plus grave danger lié à la preuve par ouï-dire, à savoir l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire, n'existe simplement pas dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le témoin peut être contre-interrogé. Les deux autres dangers, à savoir l'absence de serment et l'absence de preuve touchant le comportement, peuvent être écartés au moyen de procédures policières appropriées, et on peut parfois trouver des substituts adéquats. En dernier lieu, la déclaration antérieure est une preuve nécessaire lorsqu'un témoin se rétracte.

L'établissement d'un seuil de fiabilité est parfois possible, dans les cas où le témoin peut être contre-interrogé, lorsqu'il existe une similitude frappante entre deux déclarations. Pour éliminer, ou au moins réduire considérablement, la probabilité d'une similitude entre deux déclarations née d'une coïncidence, l'affirmation factuelle semblable doit être si frappante qu'il est fort peu probable que deux personnes l'aient fabriquée de façon indépendante. Dans certains cas, le degré de similitude nécessaire découlera de la nature unique d'affirmations factuelles particulières figurant dans les deux déclarations. Dans d'autres cas, il se peut que la combinaison cumulative des points semblables rende la similitude

ciently distinctive to reject coincidence as a likely explanation.

After the calling party invokes s. 9 of the *Canada Evidence Act*, and fulfils its requirements in the *voir dire* held under that section, the party must then state its objectives in tendering the statement. If the statement will only be used to impeach the witness, the inquiry ends at this point. If, however, the calling party wishes to make substantive use of the statement, the *voir dire* must continue so that the trial judge can assess whether a threshold of reliability has been met. The necessity criterion need not be assessed as it is met whenever a witness recants. If the reliability criterion is to be met, in rare cases, by the striking similarity between the statement being assessed and another statement which is already clearly substantively admissible, the trial judge must be satisfied on a balance of probabilities that there are striking similarities between the two statements, and that there was neither reason nor opportunity for the declarants to collude, nor improper influence by interrogators or other third parties. The trial judge must also ascertain that the prior statement relates evidence which would be admissible as the witness's sole testimony. If the trial judge determines that the statement meets the threshold reliability criterion and is thus substantively admissible, he or she must direct the trier of fact to follow a two-step process in evaluating the evidence. The trier of fact must first be certain that the statement which is being used as a reliability referent was made, without taking into account the prior inconsistent statement under consideration. Once the trier of fact is satisfied that the other statement was made, the trier of fact may compare the similarities between the two statements and, if they are sufficiently striking that it is unlikely that two people would have independently fabricated them, the trier of fact may draw conclusions from that comparison about the truth of the statements.

In this case, the recanting witness was cross-examined in detail about her reasons for changing her story at a preliminary inquiry, on a *voir dire* under s. 9 of the *Canada Evidence Act*, and before the jury. She provided a comprehensive explanation for changing her story which could be assessed by both the trial judge and the jury and therefore eliminates the most important danger of hearsay evidence. The statements made by the accused and by his daughter contained both a significant number of similarities in detail and the strikingly similar assertion that the most recent sexual contact between the

globale entre les deux déclarations suffisamment distinctive pour rejeter la coïncidence comme une explication possible.

Après que la partie qui a cité le témoin a invoqué l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et satisfait à ses exigences dans un *voir-dire* tenu conformément à cet article, elle doit alors déclarer dans quelle intention elle produit la déclaration. Si la déclaration sera utilisée seulement pour attaquer la crédibilité du témoin, l'enquête prend fin à ce stade. Si, toutefois, la partie qui a cité le témoin désire faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le *voir-dire* doit se poursuivre pour que le juge du procès puisse examiner si le seuil de fiabilité a été atteint. Le critère de la nécessité n'a pas à être examiné puisqu'il y a nécessité toutes les fois qu'un témoin se rétracte. S'il faut satisfaire au critère de la fiabilité, dans de rares cas, au moyen de la similitude frappante entre la déclaration examinée et une autre déclaration qui est déjà clairement admissible quant au fond, le juge du procès doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe des similitudes frappantes entre les deux déclarations et qu'il n'existait aucune raison, aucune possibilité pour leurs auteurs d'agir de connivence, ni aucune influence indue de la part d'interrogateurs ou d'autres tiers. Le juge du procès doit également s'assurer que la déclaration antérieure rapporte la preuve qui serait admissible comme unique témoignage du témoin. Si le juge du procès détermine que la déclaration satisfait au critère du seuil de fiabilité et est donc admissible quant au fond, il doit donner au juge des faits la directive de suivre un processus à deux étapes dans l'évaluation de la preuve. Le juge des faits doit en premier lieu être certain que la déclaration qui est utilisée comme référence de fiabilité a été faite, sans tenir compte de la déclaration antérieure incompatible examinée. Une fois que le juge des faits est persuadé que l'autre déclaration a été faite, il peut comparer les similitudes entre les deux déclarations et, si elles sont si frappantes qu'il est peu probable que deux personnes puissent les avoir fabriquées, il peut tirer de cette comparaison des conclusions sur la véracité des déclarations.

En l'espèce, le témoin qui se rétracte a été contre-interrogé en détail sur les raisons pour lesquelles elle a modifié son histoire à une enquête préliminaire, à l'occasion d'un *voir-dire* sous le régime de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et devant le jury. Elle a donné une explication détaillée de la modification de son histoire qui pouvait être évaluée tant par le juge du procès que par le jury, ce qui élimine donc le danger le plus important de la preuve par ouï-dire. Les déclarations faites par l'accusé et sa fille contenaient à la fois un grand nombre de similitudes dans les détails et l'affir-

two had been the previous evening. As a *voir dire* was also held with regard to the accused's statement, there was sufficient evidence presented to found a conclusion that the accused and his daughter had neither a reason nor an opportunity to collude, and that the accused was not improperly influenced by the police officers who took his statement. The complainant's statement was therefore substantively admissible at trial. The absence of correct jury instructions does not alter the outcome of this appeal as the statements are so strikingly similar that the jury would inevitably have been satisfied as to their reliability. The objection that the jury instructions left open the possibility that the daughter's statement would be used for the truth of its contents does not arise given the conclusion that the statement was substantively admissible.

Per L'Heureux-Dubé J.: The complainant's prior inconsistent statement was admissible for the purpose of comparison with the accused's confession, as found by Lamer C.J. The similarities between the two statements need not be "striking", however, before the jury can be permitted to use the prior inconsistent statement for such a purpose. So long as there are significant similarities between the two statements, as there clearly were in this case, a witness's prior inconsistent statement will be admissible for purposes of comparison with an accused's unadopted confession in order to assess the truth of that confession. As found by Lamer C.J., the trial judge adequately instructed the jury in this case concerning the use it could make of the complainant's prior inconsistent statement.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; **referred to:** *Mawaz Khan v. R.*, [1967] 1 All E.R. 80; *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321; *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653; *Wright v. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143; *Attorney General v. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259; *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588.

mation, d'une similitude frappante, selon laquelle le contact sexuel le plus récent entre les deux avait eu lieu le soir précédent. Comme un voir-dire a également été tenu relativement à la déclaration de l'accusé, une preuve suffisante a été présentée pour conclure que l'accusé et sa fille n'avaient aucune raison ni aucune possibilité d'agir de connivence, et que l'accusé n'avait pas été abusivement influencé par les policiers qui ont recueilli sa déclaration. La déclaration de la plaignante était donc admissible comme preuve de fond au procès. L'absence de directive adéquate au jury ne modifie pas le résultat du présent pourvoi puisque les similitudes entre les déclarations sont si frappantes que le jury aurait inévitablement été convaincu de leur fiabilité. L'objection selon laquelle les directives au jury ont donné lieu à la possibilité que la déclaration de la fille soit utilisée pour établir la véracité de son contenu n'a pas sa raison d'être vu ma conclusion que la déclaration était admissible comme preuve de fond.

Le juge L'Heureux-Dubé: La déclaration antérieure incompatible de la plaignante était recevable à des fins de comparaison avec la confession de l'accusé, comme l'a conclu le juge en chef Lamer. Cependant, la similitude entre les deux déclarations n'a pas à être «frappante» avant que le jury puisse être autorisé à faire usage de la déclaration antérieure incompatible à cette fin. Du moment qu'il existe une similitude importante entre les deux déclarations, comme, de toute évidence, il y en a eu en l'espèce, la déclaration antérieure incompatible d'un témoin sera recevable à des fins de comparaison avec la confession rétractée d'un accusé afin d'en évaluer la véracité. Comme l'a conclu le juge en chef Lamer, le juge du procès a donné des directives suffisantes au jury concernant l'usage que ce dernier pouvait faire de la déclaration antérieure incompatible de la plaignante.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; **arrêts mentionnés:** *Mawaz Khan c. R.*, [1967] 1 All E.R. 80; *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321; *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653; *Wright c. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143; *Attorney General c. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259; *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9 [am. 1994, c. 44, s. 35].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 151 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 1], 155 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 21], 159 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 5], 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
McCormick on Evidence, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378, dismissing the accused's appeal from his conviction of sexual offences. Appeal dismissed.

Bruce Durno, for the appellant.

Renee M. Pomerance, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

LAMER C.J. —

I. Introduction

¹ This appeal, which comes to this Court as of right based on a dissent in the Ontario Court of Appeal, raises a single issue: when is a witness's prior inconsistent statement substantively admissible? To resolve this issue, this Court must once again consider the hearsay rationale for the orthodox rule regarding prior inconsistent statements and what modifications to that rule are appropriate in light of our reform of the hearsay rule in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. Smith*, [1992] 2

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 1], 155 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 21], 159 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 5], 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., n^o 8)].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9 [mod. 1994, ch. 44, art. 35].

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.
McCormick on Evidence, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'infractions d'ordre sexuel. Pourvoi rejeté.

Bruce Durno, pour l'appellant.

Renee M. Pomerance, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Introduction

Notre Cour est saisie du présent pourvoi qui est formé de plein droit compte tenu d'une opinion dissidente en la Cour d'appel de l'Ontario et qui soulève une seule question: quand la déclaration antérieure incompatible d'un témoin est-elle admissible comme preuve de fond? Pour trancher cette question, notre Cour doit encore une fois examiner le oui-dire comme fondement de la règle orthodoxe relative aux déclarations antérieures incompatibles et les modifications qu'il convient d'apporter à cette règle à la lumière de notre réforme de la règle du oui-dire dans les arrêts

S.C.R. 915, and *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740.

II. Statement of Facts

The appellant, F.J.U., emigrated from Peru to Canada in 1975, shortly after the birth of his daughter J.U. His daughter remained in Peru with her grandmother C.O.-V., the appellant's mother, until December 1987, when they both joined the appellant in Canada. The three shared a residence in Mississauga along with the appellant's brother until the spring of 1988, when C.O.-V. returned to Peru and the appellant and his daughter moved to Brampton. In September 1988, C.O.-V. returned to Canada, and from September 1988 to October 11, 1988 (the date of the appellant's arrest) she resided with the appellant and J.U. in Toronto.

On October 11, 1988, C.O.-V. reported to the police that the appellant had engaged in sexual activities with his daughter. The police went to the U.'s residence, in the company of a Spanish interpreter, and spoke to J.U. The appellant was arrested and taken to the police station. J.U. and her grandmother were taken to the police station in a separate car.

After arriving at the police station, J.U. was interviewed by Sergeant Hector Colantoni, the investigating officer. Her grandmother was present during the interview, as was Constable Tom Job, a Spanish-speaking officer who acted as an interpreter when J.U. had difficulty understanding Sergeant Colantoni's questions or responding to them in English. In the course of the interview, J.U. stated that her father had been having sexual intercourse with her on a regular basis since December 1987 when she came to Canada. She told the police that these incidents occurred more frequently after her grandmother had returned to Peru in April 1988, and that between this date and her grandmother's return to Canada in September 1988 her father had sex with her "almost every day". She declared that the sexual activity generally took place late at night in her bedroom. She

R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

II. Les faits

L'appelant, F.J.U., a émigré du Pérou au Canada en 1975, peu après la naissance de sa fille J.U. Celle-ci est restée au Pérou avec sa grand-mère C.O.-V., la mère de l'appelant, jusqu'en décembre 1987, date à laquelle elles ont toutes deux rejoint l'appelant au Canada. Les trois ont partagé une résidence de Mississauga avec le frère de l'appelant jusqu'au printemps 1988, année où C.O.-V. est retournée au Pérou et où l'appelant et sa fille se sont installés à Brampton. En septembre 1988, C.O.-V. est revenue au Canada et, de septembre 1988 au 11 octobre 1988 (date de l'arrestation de l'appelant), elle a résidé avec l'appelant et J.U. à Toronto.

Le 11 octobre 1988, C.O.-V. a signalé à la police que l'appelant avait eu des activités sexuelles avec sa fille. La police s'est rendue à la résidence d'U., accompagnée d'un interprète espagnol, et a parlé à J.U. L'appelant a été arrêté et emmené au poste de police. J.U. et sa grand-mère y ont été emmenées dans une autre voiture.

Après son arrivée au poste de police, J.U. a été interrogée par le sergent Hector Colantoni, le policier enquêteur. Sa grand-mère était présente à l'interrogatoire, tout comme l'agent Tom Job, qui parlait espagnol et qui agissait comme interprète lorsque J.U. avait de la difficulté à comprendre les questions du sergent Colantoni ou à y répondre en anglais. Au cours de l'interrogatoire, J.U. a déclaré que son père avait régulièrement eu des rapports sexuels avec elle depuis décembre 1987, date à laquelle elle est venue au Canada. Elle a dit à la police que ces incidents étaient survenus plus fréquemment après que sa grand-mère fut retournée au Pérou en avril 1988, et que, entre cette date et le retour de celle-ci au Canada en septembre 1988, son père avait eu des rapports sexuels avec elle [TRADUCTION] «presque chaque jour». Elle a déclaré que les activités sexuelles avaient, en géné-

also indicated that on a few occasions the appellant had had her perform oral sex on him, and that on a few other occasions he had performed oral sex on her. In addition, she stated, the appellant "would have sex in my bum many times". The last time her father had had sex with her, she declared, was the previous night (October 10, 1988). J.U. also stated that the appellant had physically assaulted her on two separate occasions, the first time striking her with a length of wire, and the second time punching her in the face. At the appellant's trial, Sergeant Colantoni testified that he had attempted to tape his interview with J.U., but that the tape recorder had malfunctioned and nothing had been recorded. He stated that he had subsequently prepared a summary of J.U.'s anticipated evidence, based in part on notes he had made during the interview and in part on his memory.

ral, lieu la nuit dans sa chambre à coucher. Elle a également fait savoir que, à quelques occasions, l'appelant l'avait obligée à pratiquer la fellation sur lui et que, à d'autres occasions, il avait pratiqué le cunnilingus sur elle. Toujours selon elle, l'appelant [TRADUCTION] «[I]l'a pénétrée souvent dans le derrière». La dernière fois que son père a eu des rapports sexuels avec elle, a-t-elle déclaré, c'était la nuit précédente (le 10 octobre 1988). J.U. a également déclaré que l'appelant l'avait physiquement agressée à deux occasions distinctes: la première fois, il l'avait frappée avec un bout de fil métallique, et la seconde fois, il lui avait donné des coups de poing à la figure. Au procès de l'appelant, le sergent Colantoni a témoigné qu'il avait tenté d'enregistrer son entretien avec J.U., mais que le magnétophone avait mal fonctionné et que rien n'avait été enregistré. Selon lui, il avait par la suite préparé un résumé du témoignage prévu de J.U., se fondant en partie sur les notes qu'il avait prises au cours de l'interrogatoire et en partie sur ce qu'il retenait.

5 After interviewing J.U., Sergeant Colantoni proceeded to question the appellant, accompanied by Constable Tony McKenzie. Sergeant Colantoni testified that he took notes and that the interview was not taped. According to Sergeant Colantoni's testimony, the appellant admitted that he had had sex with his daughter "many times", and also stated that she had performed oral sex on him "two or three times when we lived in Mississauga, but she didn't like it". He also declared that he had performed oral sex on her "once or twice". Sergeant Colantoni also testified that the appellant had further admitted to having had anal sex with J.U. "three or four times", stating that this had taken place most recently "last night" (i.e., October 10, 1988). The appellant also described two incidents in which he had physically assaulted his daughter, stating that on one occasion he had struck her with a wire-reinforced belt, and that on the second occasion he had slapped her in the face. The appellant refused, however, to make a written statement, and indicated that he would not sign anything.

Après avoir interrogé J.U., le sergent Colantoni a procédé à l'interrogatoire de l'appelant, accompagné de l'agent Tony McKenzie. Le sergent Colantoni a témoigné qu'il avait pris des notes et que l'interrogatoire n'avait pas été enregistré. Selon son témoignage, l'appelant a reconnu avoir eu des rapports sexuels avec sa fille [TRADUCTION] «bien des fois», et a également déclaré que sa fille avait pratiqué la fellation sur lui [TRADUCTION] «deux ou trois fois lorsqu'[ils] viv[ai]ent à Mississauga, mais elle n'aimait pas cela». Il a également déclaré avoir pratiqué le cunnilingus sur elle [TRADUCTION] «une ou deux fois». Toujours selon le témoignage du sergent Colantoni, l'appelant avait en outre reconnu avoir eu des relations sexuelles anales avec J.U. [TRADUCTION] «trois ou quatre fois», disant que cela avait eu lieu très récemment, «la nuit dernière» (c.-à-d. le 10 octobre 1988). L'appelant a également fait état de deux incidents au cours desquels il avait physiquement agressé sa fille, disant qu'à une occasion il l'avait frappée avec une ceinture renforcée de fil métallique, et que, à la seconde occasion, il l'avait giflée. L'appelant a toutefois refusé de faire une déclaration écrite, et il a fait savoir qu'il ne signerait rien.

The appellant was charged with three counts of sexual interference (s. 151, of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46), one count of incest (s. 155) and one count of anal intercourse (s. 159). The terms of the indictment were particularized as follows:

Count 1: Touching the mouth of J.U. with his penis for a sexual purpose, between September 1 and October 10, 1988, in Toronto.

Count 2: Anal intercourse with J.U. on or about October 10, 1988, in Toronto.

Count 3: Incest with J.U. between September 1 and October 10, 1988, in Toronto.

Count 4: Touching the mouth of J.U. with his penis for a sexual purpose, between September 1, 1987 and August 31, 1988, in Toronto and Mississauga.

Count 5: Touching J.U.'s vagina with his mouth for a sexual purpose, between September 1, 1987 and August 31, 1988, in Toronto and Mississauga.

The appellant was tried in the Ontario Court of Justice (General Division) before a jury, with Allen J. presiding. His statement to the police, which Allen J. ruled had been made voluntarily and obtained in accordance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, was admitted as Crown evidence through the testimony of Sergeant Colantoni and Constable McKenzie. The Crown also called J.U. as a witness. Although she admitted that she had made the allegations against the appellant contained in the "will-say" statement that had been drafted by Sergeant Colantoni following his interview with her, J.U. asserted that the allegations of sexual assault were untrue. She maintained, however, that the allegations of non-sexual assault she had made in her statement were true. According to J.U.'s trial testimony, she had lied to the police at the behest of her grandmother, because she was concerned that her father was planning to send her back to Peru to live with her mother. She stated that her grandmother had

L'appelant a été accusé de trois chefs d'accusation de contacts sexuels (art. 151 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46), d'un chef d'accusation d'inceste (art. 155) et d'un chef d'accusation de relations sexuelles anales (art. 159). Voici les détails de l'acte d'accusation:

Premier chef d'accusation: Attouchements à la bouche de J.U. avec son pénis pour des fins sexuelles, entre le 1^{er} septembre et le 10 octobre 1988, à Toronto.

Deuxième chef d'accusation: Relations sexuelles anales avec J.U. le 10 octobre 1988 ou vers cette date, à Toronto.

Troisième chef d'accusation: Inceste avec J.U. entre le 1^{er} septembre et le 10 octobre 1988, à Toronto.

Quatrième chef d'accusation: Attouchements à la bouche de J.U. avec son pénis pour des fins sexuelles, entre le 1^{er} septembre 1987 et le 31 août 1988, à Toronto et à Mississauga.

Cinquième chef d'accusation: Attouchements au vagin de J.U. avec sa bouche pour des fins sexuelles, entre le 1^{er} septembre 1987 et le 31 août 1988, à Toronto et à Mississauga.

L'appelant a été jugé devant la Cour de justice de l'Ontario (Division générale), devant un jury, alors que le juge Allen présidait le procès. La déclaration qu'il a faite à la police, et qui, selon le juge Allen, avait été faite et obtenue volontairement, conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été admise comme preuve du ministère public au moyen du témoignage du sergent Colantoni et de l'agent McKenzie. Le ministère public a également cité J.U. comme témoin. Bien qu'elle ait reconnu avoir fait les allégations contre l'appelant, qui figurent dans le [TRADUCTION] «projet de déclaration» rédigé par le sergent Colantoni par suite de son entretien avec elle, J.U. a affirmé que les allégations d'agression sexuelle n'étaient pas vraies. Elle a toutefois confirmé que les allégations d'agression à caractère non sexuel qu'elle avait faites dans sa déclaration étaient vraies. D'après le témoignage rendu par J.U. au procès, elle a menti à la police sur l'ordre de sa grand-mère, parce qu'elle se préoccupait de ce que

threatened to commit suicide if J.U. were taken away from her, and had given J.U. instructions about details of the false allegations of sexual misconduct she was to make.

son père envisageait de la renvoyer au Pérou pour vivre avec sa mère. Elle a déclaré que sa grand-mère avait menacé de se suicider si elle lui était enlevée et lui avait donné des instructions sur les détails des fausses allégations d'inconduite sexuelle qu'elle devait faire.

8 The appellant also testified at trial. While he admitted having made an inculpatory statement to the police, he denied the truth of much of the statement's contents. He testified that the conduct of the police during the interview had brought back memories of his imprisonment and torture by the Peruvian police, and that his resulting fear had led him to make a false confession. He believed that as long as he refused to sign anything his confession could not be used against him.

L'appellant a également témoigné au procès. Bien qu'il ait reconnu avoir fait à la police une déclaration incriminante, il a nié la véracité de la grande partie de cette déclaration. Il a témoigné que le comportement de la police au cours de l'interrogatoire avait ravivé ses souvenirs d'emprisonnement et de torture de la part de la police péruvienne, et que la crainte qui en découlait l'avait amené à faire une fausse confession. Il croyait que, du moment qu'il refusait de signer quoi que ce soit, on ne pouvait utiliser sa confession contre lui.

9 When cross-examined on his statement, the appellant denied having made several of the utterances attributed to him by Sergeant Colantoni and Constable McKenzie. In particular, he denied having told the officers that he had had anal intercourse with his daughter, or telling them that his sexual activity with J.U. was intended to "protect" her from having sex with other people. While he agreed that the remainder of the officers' testimony accurately reflected what he had said to them, he testified that none of his admissions of having engaged in sexual activity with his daughter were true. He confirmed, however, that the portion of his statement describing the two physical assaults on his daughter was true.

Contre-interrogé sur sa déclaration, l'appellant a nié avoir fait plusieurs des déclarations que lui attribuaient le sergent Colantoni et l'agent McKenzie. En particulier, il a nié avoir dit aux agents qu'il avait eu des relations sexuelles anales avec sa fille, ou leur avoir dit que ses activités sexuelles avec J.U. visaient à [TRADUCTION] la «protéger» afin qu'elle n'ait pas de relations sexuelles avec d'autres personnes. Il a reconnu que le reste du témoignage des agents reflétait exactement ce qu'il leur avait dit, mais il a témoigné qu'aucun de ses aveux selon lesquels il avait eu des activités sexuelles avec sa fille n'était vrai. Il a toutefois confirmé que la partie de sa déclaration qui décrivait les deux agressions physiques sur sa fille était vraie.

10 After deliberating for over nine hours, the jury returned a verdict of not guilty on counts 1 and 2 and guilty on counts 3, 4 and 5. The appellant was sentenced to a term of incarceration of two years less one day, and to a period of probation. The appellant's appeal of his conviction to the Ontario Court of Appeal was dismissed, Houlden J.A. dissenting: (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378.

Après avoir délibéré pendant plus de neuf heures, le jury a rendu un verdict de non-culpabilité sur les premier et deuxième chefs d'accusation et de culpabilité sur les troisième, quatrième et cinquième chefs d'accusation. L'appellant a été condamné à un emprisonnement de deux ans moins un jour et à une période de probation. L'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Houlden étant dissident: (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378.

III. Judgments Below

Ontario Court of Justice (General Division)

In the course of charging the jury, Allen J. commenced his discussion of the evidence by making the following observations:

The evidence was relatively brief. It is for you to decide what that evidence establishes, proves to your satisfaction. You are faced with a situation where both [the appellant] and [J.U.] have made statements to the police or utterances to the police. Each of them in turn has for the most part acknowledged having made those utterances which the police officers have recited to you and which they have attributed to [the appellant] or to [J.U.] as the case may be, but now both [the appellant] and [J.U.] say that he or she, as the case may be, was not truthful when speaking with the police officers at the times and places indicated by the police officers.

Allen J. addressed the appellant's inculpatory statement as follows:

What [the appellant] told the police may in your discretion be used by you to establish his guilt on these charges or any one or more of them as you determine. He did testify before you that he did not tell the truth to the police officers when they interviewed him, and he has explained to you or told you his reasons for that absence of truth at that time. He said that that was based on his unfortunate experiences with the police authorities in Peru some several years ago. It is for you to weigh the testimony of the police officers as to [the appellant's] utterances and conduct when interviewed by them. Of course, you must also weigh [the appellant's] testimony before you as to those matters.

I have said it is for you to decide what the evidence was, but as I have understood [the appellant's] evidence, he acknowledges that he made most of the utterances attributed to him by the police, and he does deny having made some of the utterances which the police have recorded and have stated in their testimony to you. If you find that you are satisfied beyond a reasonable doubt that [the appellant] made an utterance to the police officers as they have testified, and if you are satisfied that that utterance was and is true, you will apply that utterance in your deliberations as to his guilt or innocence. If you find that the utterance he made to the police was not true, or if you have a reasonable doubt as

III. Les juridictions inférieures

La Cour de justice de l'Ontario (Division générale)

Dans ses directives au jury, le juge Allen a commencé son analyse des éléments de preuve en faisant les observations suivantes:

[TRADUCTION] La preuve était relativement brève. Il vous appartient de décider ce que cette preuve établit et prouve de façon satisfaisante selon vous. Vous vous trouvez devant une situation où [l'appelant] et [J.U.] ont tous les deux fait des déclarations à la police. Chacun d'eux a tour à tour, en grande partie, reconnu avoir fait les déclarations que les policiers vous ont relatées et qu'ils ont attribuées à [l'appelant] ou à [J.U.] selon le cas, mais [l'appelant] et [J.U.] disent maintenant que lui ou elle, selon le cas, n'a pas dit la vérité en parlant aux policiers aux heures et endroits indiqués par ceux-ci.

Le juge Allen a discuté de la déclaration incriminante de l'appelant en ces termes:

[TRADUCTION] Vous pouvez, à votre discrétion, utiliser ce que [l'appelant] a dit à la police pour établir sa culpabilité sur la base de ces accusations ou de l'une ou plusieurs d'entre elles, selon ce que vous déciderez. Il a effectivement témoigné devant vous qu'il n'avait pas dit la vérité aux policiers lorsqu'ils l'ont interrogé, et il vous a expliqué ou fait connaître les raisons pour lesquelles il n'a pas dit la vérité alors. Selon lui, cela était dû à ses expériences malheureuses avec les autorités policières péruviennes il y a plusieurs années. Il vous incombe de soupeser le témoignage des policiers sur les déclarations et le comportement [de l'appelant] lorsqu'ils l'ont interrogé. Bien entendu, vous devez également soupeser le témoignage rendu par [l'appelant] devant vous à cet égard.

J'ai dit qu'il vous appartenait de décider ce qu'était la preuve, mais, si j'ai bien saisi le témoignage de [l'appelant], il reconnaît avoir fait la plupart des déclarations que la police lui a attribuées, et il nie effectivement avoir fait certaines déclarations que les policiers ont enregistrées et exposées dans leur témoignage devant vous. Si vous trouvez que vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que [l'appelant] a fait une déclaration aux policiers selon le témoignage de ceux-ci, et si vous êtes persuadés que cette déclaration était et est véridique, vous en tiendrez compte dans vos délibérations pour établir sa culpabilité ou son innocence. Si vous trouvez que la déclaration qu'il a faite à la police

to it being true, you will not apply that particular utterance or alleged utterance to your deliberations.

Allen J. then addressed the issue of the appellant's and J.U.'s credibility:

Certainly the contradiction between [the appellant's] utterances to the police and his testimony before you can be applied by you in assessing his credibility as a witness before you. Similarly, you will consider the contradiction between [J.U.'s] utterances to the police and her testimony before you as you assess her credibility as a witness.

Allen J.'s subsequent instruction, advising a comparison between the two statements, led to the division in the Court of Appeal:

You might wish to review [J.U.'s] utterances to the police, those which she acknowledged she had made, and those which you find [the appellant] made to the police. You may find some similarity in details which may assist you in your deliberations. One that comes to my mind as I was reviewing my notes was with reference to the time of the last sexual or alleged sexual activity between the two of them. Each, on the basis of the police testimony, said that that occurred the night before the police interview with them. However, all of that sort of thing is in your domain, and it will be for you to review all of the evidence and look at it very carefully with the benefit of the twelve minds and memories being applied to it.

n'est pas véridique, ou si vous doutez raisonnablement qu'elle soit véridique, vous écarterez de vos délibérations cette déclaration particulière ou déclaration alléguée.

Le juge Allen a alors abordé la question de la crédibilité de l'appelant et de J.U.:

[TRADUCTION] Vous pouvez certainement tenir compte de la contradiction entre les déclarations faites par [l'appelant] à la police et le témoignage qu'il a rendu devant vous pour évaluer sa crédibilité en tant que témoin. De même, vous examinerez la contradiction entre les déclarations faites par [J.U.] à la police et le témoignage qu'elle a rendu devant vous pour évaluer sa crédibilité en tant que témoin.

La directive ultérieure du juge Allen, recommandant une comparaison entre les deux déclarations, a donné lieu à la division devant la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Vous voudrez peut-être examiner les déclarations faites par [J.U.] à la police, celles qu'elle a reconnu avoir faites, et celles que vous considérez avoir été faites par [l'appelant] à la police. Vous trouverez peut-être une certaine similitude dans les détails qui peut vous être utile dans vos délibérations. Alors que j'examinais mes notes, une déclaration m'est venue à l'esprit; elle se rapportait au moment de la dernière activité sexuelle ou activité sexuelle alléguée entre les deux. Chacun, selon le témoignage de la police, a dit que cette activité était survenue la nuit précédant le jour où la police les a interrogés. Néanmoins, tout cela est de votre domaine, et il vous incombera, en tant que jury de douze personnes, d'examiner toute la preuve et de l'étudier très soigneusement en concentrant votre esprit et votre mémoire sur celle-ci.

Après que le juge Allen eut terminé son exposé, l'avocat de l'appelant a soulevé plusieurs objections, dont une objection à la directive d'examiner les similitudes entre les déclarations rétractées de la plaignante et celles de l'appelant. Le juge du procès a toutefois choisi de ne pas rappeler le jury. Après avoir délibéré pendant plusieurs heures, le jury a fait la demande suivante:

[TRADUCTION] Nous voudrions voir une copie de la déclaration faite par [l'appelant] à la police. Nous voudrions également voir la déclaration faite par [J.U.] à la police. Quelles sont les parties de la déclaration de la police que l'appelant a nié avoir dites?

12

After Allen J. had completed his charge, counsel for the appellant raised several objections, including an objection to the instruction to look for similarities between the complainant's and appellant's unadopted statements. The trial judge, however, chose not to recall the jury. After deliberating for several hours, the jury made the following request:

We would like to see a copy of [the appellant's] statement to police. We would also like to see [J.U.'s] statement to police. What parts of the police statement did [the appellant] deny he said?

Allen J. discussed the matter with counsel and decided to have the court reporter read back the relevant portions of the testimony of the two officers, J.U. and the appellant. Defence counsel observed that his concern that the jury would compare and contrast the statements in an impermissible fashion was coming to fruition.

Court of Appeal for Ontario (1994), 90 C.C.C. (3d) 541

(1) Osborne J.A. (Carthy J.A. concurring)

Osborne J.A. reviewed the trial judge's instructions on the use that could be made of the appellant's and J.U.'s prior statements, the objection of defence counsel and the question from the jury. He held that it was reasonable to conclude that the jury did compare the accused's admission and his daughter's prior inconsistent statement but continued (at p. 555):

I think that it is also reasonable to assume that the jury followed the trial judge's clear direction that the complainant's prior inconsistent statement could not be used as proof of the truth of the statement's contents. The critical question is whether, in the circumstances, the trial judge's instruction that the jury could compare the appellant's confession with the complainant's prior inconsistent statement resulted in an impermissible use being made of the complainant's statement.

Citing the decision of the Supreme Court of Canada in *B. (K.G.)*, *supra*, Osborne J.A. observed that "the rationale for the exclusion of a prior inconsistent statement as evidence of the truth of its contents is the rule against the admission of hearsay evidence" (p. 556). He noted, however, that prior inconsistent statements can be admitted both on the issue of the witness's credibility and when the fact that the statement is made is otherwise relevant. Osborne J.A. referred to the English decision in *Mawaz Khan v. R.*, [1967] 1 All E.R. 80 (P.C.), as an example of a case where the similarity of out-of-court statements was used to draw non-hearsay inferences about something other than

Le juge Allen a discuté de la question avec les avocats, et il a décidé de demander au sténographe judiciaire de relire les parties pertinentes du témoignage des deux policiers, de J.U. et de l'appellant. L'avocat de la défense a fait remarquer que sa crainte que le jury compare et mette en contraste les déclarations de façon inacceptable se concrétisait.

La Cour d'appel de l'Ontario (1994), 90 C.C.C. (3d) 541

1) Le juge Osborne (avec l'appui du juge Carthy)

Le juge Osborne a examiné les directives du juge du procès sur l'usage qui pouvait être fait des déclarations antérieures de l'appellant et de J.U., l'objection de l'avocat de la défense et la question posée par le jury. Il a statué qu'il était raisonnable de conclure que le jury avait effectivement comparé l'aveu de l'accusé et la déclaration antérieure incompatible de sa fille, mais il a ajouté (à la p. 555):

[TRADUCTION] J'estime qu'il est également raisonnable de présumer que le jury a suivi la directive claire du juge du procès selon laquelle la déclaration antérieure incompatible de la plaignante ne pouvait être utilisée comme preuve de la véracité du contenu de la déclaration. La question cruciale se pose de savoir si, dans les circonstances, la directive du juge du procès selon laquelle le jury pouvait comparer la confession de l'appellant avec la déclaration antérieure incompatible de la plaignante a donné lieu à une utilisation inacceptable de la déclaration de la plaignante.

Citant l'arrêt de la Cour suprême du Canada *B. (K.G.)*, précité, le juge Osborne a fait remarquer que [TRADUCTION] «le fondement de l'exclusion d'une déclaration antérieure incompatible comme preuve de la véracité de son contenu est la règle interdisant l'admission de la preuve par ouï-dire» (p. 556). Il a toutefois noté que les déclarations antérieures incompatibles pouvaient être admises tant pour ce qui est de la crédibilité du témoin que lorsque le fait qu'il y ait déclaration est par ailleurs pertinent. Le juge Osborne a cité l'arrêt anglais *Mawaz Khan c. R.*, [1967] 1 All E.R. 80 (P.C.), pour illustrer l'exemple d'un cas où la similitude de déclarations extrajudiciaires a été utilisée pour

credibility. He distinguished the case of *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321, by noting that in that case the jury had been invited to use the statements of co-accused for their truth, not for the fact that they were made. Continuing, Osborne J.A. declared (at pp. 558-59):

The central question is did the fact that the complainant made her statement (which she admitted in her trial evidence she did make) constitute evidence which is capable of enhancing the likelihood that the appellant's confession was true, notwithstanding his denial of its truth at trial.

... Put another way, the fact that the complainant said what she did in her statement adds value to the appellant's confession to the police. The comparison which the jury was invited to make would test the coincidence which is evident from a consideration of the substance of both statements. This analysis does not depend on the truth of the complainant's statement but rather on the fact that she made it.

Osborne J.A. also acknowledged that the same thought process could support a finding that the complainant's statement was true, but held that this was a closed avenue of analysis under the hearsay rule.

14 Having earlier rejected the appellant's claim that his statement had been improperly admitted, Osborne J.A. dismissed the appeal.

(2) Houlden J.A. (dissenting)

15 Houlden J.A. dissented on the question of whether the jury should have been invited to compare the complainant's and appellant's unadopted statements for the purpose of assisting them in determining whether the appellant's statement was true. In his view, the most striking similarity between the two statements was the similar assertion that the most recent sexual activity between the appellant and J.U. had occurred on October 10. Observing that the complainant's unadopted statement would be admissible solely for assessing her credibility if the appellant had not also made a

tirer des conclusions, fondées sur une preuve ne constituant pas du oui-dire, sur autre chose que la crédibilité. Il a fait une distinction d'avec l'affaire *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321, en notant que, dans cette affaire, le jury avait été invité à utiliser les déclarations du coaccusé pour établir leur véracité, et non pour prouver qu'elles ont été faites. Le juge Osborne a ajouté (aux pp. 558 et 559):

[TRADUCTION] La principale question est de savoir si le fait qu'il y ait eu déclaration de la part de la plaignante (ce qu'elle a effectivement reconnu dans son témoignage au procès) constitue un élément de preuve qui soit capable de renforcer la probabilité que la confession de l'appelant soit véridique, bien qu'il en ait nié la véracité au procès.

... Autrement dit, le fait que la plaignante ait dit ce qu'elle a fait dans sa déclaration ajoute de la valeur à la confession faite par l'appelant à la police. La comparaison que le jury a été invité à faire permettrait de vérifier la coïncidence qui ressort d'un examen de l'essence des deux déclarations. Cette analyse dépend, non pas de la véracité de la déclaration de la plaignante, mais du fait qu'il y a eu déclaration de sa part.

Le juge Osborne a également reconnu que la même réflexion pouvait étayer la conclusion que la déclaration de la plaignante était véridique, mais il était d'avis que cette méthode d'analyse n'était pas permise dans le cadre de la règle du oui-dire.

Ayant auparavant rejeté la prétention de l'appelant selon laquelle sa déclaration avait été admise à tort, le juge Osborne a rejeté son appel.

2) Le juge Houlden (dissent)

Le juge Houlden différerait d'opinion sur la question de savoir si le jury aurait dû être invité à comparer les déclarations rétractées de la plaignante et de l'appelant aux fins de l'aider à déterminer si la déclaration de l'appelant était véridique. Selon lui, la similitude la plus frappante entre les deux déclarations était l'affirmation semblable selon laquelle l'activité sexuelle la plus récente entre l'appelant et J.U. était survenue le 10 octobre. Faisant remarquer que la déclaration rétractée de la plaignante serait admissible uniquement pour évaluer sa crédibilité si l'appelant n'avait pas également fait une

statement, Houlden J.A. asked (at p. 544): “Does the fact that the appellant gave a statement to the police and that that statement contains some details similar to those contained in the complainant’s statement lead to a different result?” In his view, it did not. He held that the use of the statement sanctioned by the majority in effect means that the truth of the statement is being assessed. In his view, the majority opinion would constitute a shift in the law (at p. 544):

It is not at all uncommon, in my experience, for a prior statement of a witness, which is denied by the witness at the trial, to relate events that are similar to those contained in a confession by the accused. If the trial judge can charge a jury that they can use the assertions in the prior inconsistent statement that are similar to those contained in the confession, to prove the truth of what is contained in the confession, this constitutes a dramatic change in the law, and I know of no authority for it.

In Houlden J.A.’s view, juries would not be able to resist using the witness’s unadopted statement for the truth of its contents.

Houlden J.A. also held that s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* could not be applied. He disagreed with Osborne J.A.’s view that the jury would have followed the trial judge’s direction that they were not to use the complainant’s statement for its truth. In his opinion (at p. 545):

Once the complainant’s prior statement was used to prove the truth of what was contained in the appellant’s statement, the jury were clearly using the statement to prove the truth of what was contained in the complainant’s statement.

Houlden J.A. would have allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial.

déclaration, le juge Houlden a demandé (à la p. 544): [TRADUCTION] «Le fait qu’il y a eu une déclaration de l’appelant à la police et que celle-ci contient certains détails semblables à ceux figurant dans la déclaration de la plaignante conduit-il à un résultat différent?» Il ne le croit pas. Il a jugé que l’utilisation de la déclaration approuvée par la majorité signifie en fait que la véracité de la déclaration est évaluée. D’après lui, l’opinion majoritaire constituerait une modification de la règle applicable (à la p. 544):

[TRADUCTION] Selon mon expérience, il n’est pas du tout rare que la déclaration antérieure d’un témoin, que ce dernier nie au procès, relate des événements semblables à ceux figurant dans une confession faite par l’accusé. Si le juge du procès peut dire à un jury qu’il peut utiliser les affirmations dans la déclaration antérieure incompatible qui sont semblables à celles figurant dans une confession pour prouver la véracité de ce qui figure dans la confession, cela constitue une importante modification de la règle de droit, et je ne connais aucune jurisprudence ni aucune doctrine qui puisse étayer cette idée.

Selon le juge Houlden, les jurys ne pourraient résister à l’idée d’utiliser la déclaration rétractée pour déterminer la véracité de son contenu.

Le juge Houlden a également conclu que le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne pouvait s’appliquer. Il n’est pas d’accord avec le point de vue du juge Osborne, qui dit que le jury aurait suivi la directive du juge du procès selon laquelle il ne devait pas utiliser la déclaration de la plaignante pour en prouver la véracité. Selon lui (à la p. 545):

[TRADUCTION] Une fois que la déclaration antérieure de la plaignante a été utilisée pour prouver la véracité de ce qui figurait dans la déclaration de l’appelant, le jury utilisait la déclaration, de toute évidence, pour prouver la véracité de ce qui figurait dans celle de la plaignante.

Le juge Houlden était d’avis d’accueillir l’appel, d’annuler la déclaration de culpabilité et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

IV. Grounds of Appeal

18 The appellant, who appeals as of right based on the dissent in the Court of Appeal, advances one ground of appeal, namely:

Did the Learned Trial Judge err in inviting the jury to compare the complainant's unadopted prior inconsistent statement with the Appellant's unadopted statement to the police in determining if the prosecution had established guilt?

V. Analysis

19 This case requires us to determine the permissible uses of a witness's prior inconsistent statement when the witness is not the accused and is available for cross-examination. This Court recently addressed the same issue, against a different factual background, in *B. (K.G.)*, *supra*. In a majority opinion in that case, the orthodox rule regarding permissible uses of prior inconsistent statements was modified to bring it in line with our approach to hearsay outlined in *Khan*, *supra*, and *Smith*, *supra*. To resolve the issue here, I will review that approach, as well as the specific rationale behind my decision in *B. (K.G.)*. That rationale is equally appropriate here, given the particular circumstances of the case.

A. *The Court's Approach to Hearsay*

20 Briefly stated, *Khan* and *Smith* announced this Court's commitment to ensure that the rule against the admission of hearsay as evidence would be sufficiently flexible to adapt to new situations. The hearsay rule and its rigidly formulated exceptions had become a sometimes illogical and frequently confusing series of pigeon-hole categories. *Khan* and *Smith* examined the principles underlying the hearsay rule to ensure that new developments in the evidentiary treatment of hearsay would reflect those tenets.

IV. Moyens d'appel

L'appellant, qui se pourvoit de plein droit compte tenu d'une opinion dissidente de la Cour d'appel, invoque le seul moyen que voici:

[TRADUCTION] Le juge du procès a-t-il eu tort d'inviter le jury à comparer la déclaration antérieure incompatible rétractée de la plaignante avec la déclaration faite par l'appellant à la police, et rétractée par la suite, pour déterminer si la poursuite avait établi la culpabilité de ce dernier?

V. Analyse

Il nous incombe en l'espèce de déterminer les utilisations acceptables de la déclaration antérieure incompatible d'un témoin lorsque le témoin n'est pas l'accusé et qu'il peut être contre-interrogé. Notre Cour a récemment abordé la même question, dans un autre contexte factuel, dans *B. (K.G.)*, précité. Dans une opinion majoritaire dans cette affaire, la règle orthodoxe relative aux utilisations acceptables de déclarations antérieures incompatibles a été modifiée pour l'aligner sur notre démarche en matière de oui-dire exposée dans *Khan* et *Smith*, précités. Pour trancher la question en l'espèce, j'examinerai cette démarche, ainsi que le raisonnement particulier suivi dans mes motifs de l'arrêt *B. (K.G.)*. Ce raisonnement est également approprié en l'espèce, étant donné ses circonstances particulières.

A. *La démarche de la Cour concernant le oui-dire*

En bref, les arrêts *Khan* et *Smith* ont annoncé l'engagement de notre Cour de garantir que la règle interdisant l'admission du oui-dire comme preuve soit suffisamment souple pour s'adapter aux nouvelles situations. La règle du oui-dire et ses exceptions rigidement formulées était devenue une série de catégories compartimentées, parfois illogique, qui créait souvent de la confusion. Dans les arrêts *Khan* et *Smith*, les principes qui sous-tendent la règle du oui-dire ont été examinés pour veiller à ce que la nouvelle tendance dans le traitement réservé au oui-dire par le droit de la preuve reflète ces principes.

Khan, a case addressing the admissibility of a young child's statement to her mother regarding a sexual assault, enunciated new criteria to be applied generally when considering whether to admit hearsay evidence: reliability and necessity (at p. 542). These criteria reflect the concerns that hearsay is not sufficiently reliable and its reliability cannot be tested, and the position that first-hand evidence is always preferable. McLachlin J. was careful to state that neither of these criteria is characterized by absolute parameters. As the goal of our modifications of the principles governing hearsay has been to end the rigid artifice of pigeon-hole exceptions, it is important that new criteria remain flexible. In *Khan*, McLachlin J. said that "[n]ecessity for these purposes must be interpreted as 'reasonably necessary'" (p. 546). She dealt with reliability as follows (at p. 547):

Many considerations such as timing, demeanour, the personality of the child, the intelligence and understanding of the child, and the absence of any reason to expect fabrication in the statement may be relevant on the issue of reliability. I would not wish to draw up a strict list of considerations for reliability, nor to suggest that certain categories of evidence (for example the evidence of young children on sexual encounters) should be always regarded as reliable.

In *Smith, supra*, writing for a unanimous Court, I confirmed that *Khan* had expressed the new broadly applicable approach to assessing the admissibility of hearsay evidence (at p. 932):

... *Khan* should not be understood as turning on its particular facts, but, instead, must be seen as a particular expression of the fundamental principles that underlie the hearsay rule and the exceptions to it. What is important, in my view, is the departure signalled by *Khan* from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined categorical exceptions, and a

L'arrêt *Khan*, qui porte sur l'admissibilité de la déclaration faite par un jeune enfant à sa mère concernant une agression sexuelle, a énoncé de nouveaux critères devant s'appliquer de manière générale lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu d'admettre la preuve par ouï-dire: la fiabilité et la nécessité (à la p. 542). Ces critères reflètent les préoccupations selon lesquelles le ouï-dire n'est pas suffisamment fiable et sa fiabilité ne peut être vérifiée, et la position qui considère que la preuve originale est toujours préférable. Le juge McLachlin a pris soin de dire que ni l'un ni l'autre de ces critères n'est caractérisé par des limites absolues. Puisque notre modification des principes régissant le ouï-dire vise à mettre fin à l'artifice rigide des exceptions compartimentées, il importe que les nouveaux critères demeurent souples. Dans l'arrêt *Khan*, le juge McLachlin a dit qu'«[à] ces fins, la nécessité doit être interprétée dans le sens de [TRADUCTION] «raisonnablement nécessaire»» (p. 546). Elle a abordé en ces termes la question de la fiabilité (à la p. 547):

Plusieurs considérations comme le moment où la déclaration est faite, le comportement, la personnalité de l'enfant, son intelligence et sa compréhension des choses et l'absence de toute raison de croire que la déclaration est le produit de l'imagination peuvent être pertinentes à l'égard de la question de la fiabilité. Je ne voudrais pas établir une liste précise des considérations applicables à la fiabilité ni laisser entendre que certaines catégories de preuves (par exemple le témoignage de jeunes enfants en matière sexuelle) devraient être considérées comme dignes de foi.

Dans l'arrêt *Smith*, précité, au nom d'une Cour unanime, j'ai confirmé que l'arrêt *Khan* avait exprimé la nouvelle démarche généralement applicable de l'examen de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire (à la p. 932):

... l'arrêt *Khan* doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du ouï-dire et ses exceptions. Ce qui importe, à mon avis, c'est que l'arrêt *Khan* s'est écarté d'une conception de la preuve par ouï-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'ex-

movement towards an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike.

My decision in *B. (K.G.)*, as well as this ruling, are applications of the *Khan* and *Smith* principles to the particular branch of the hearsay rule which traditionally prevented the substantive admission of witnesses' prior inconsistent statements.

B. *The Orthodox Rule Regarding Prior Inconsistent Statements*

22

This Court first adopted the rule that prior inconsistent statements are only admissible to impeach credibility in *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531. Rand J. expressed it thus (at pp. 537-38):

That such statements generally are limited to credibility and cannot be used as evidence of the truth of the facts to which they relate, is well established: *Rex v. Dibble* (1908), 1 Cr. A.R. 155, *Rex v. Harris* (1927), 20 Cr. A.R. 144, *Rex v. Francis & Barber*, [1929] 3 D.L.R. 593. It is quite true that it may be difficult to dissociate the matters of such statements from the facts brought before the jury by the witness and to nullify the influence they may have on the minds of the jurors in dealing with the evidence as a whole; but anything short of this would expose a person to a fabricated account of events, too dangerous to risk. But the whole field of cross-examination, in the discretion of the court, is opened and the matters of the statement can thus be brought within the test of the testimonial response of the witness. This might be taken as a reason for leaving all the facts, including the statement, to the consideration of a jury, but the long experience of the courts is against it.

As I emphasized in *B. (K.G.)*, the orthodox rule regarding prior inconsistent statements is a particular instance of the rule against admitting hearsay. Hearsay is inadmissible as evidence because its reliability cannot be tested.

23

In addition to impeaching credibility, under the orthodox rule a prior inconsistent statement can be

ceptions définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions.

Ma décision dans *B. (K.G.)*, ainsi que la présente espèce, sont des applications des principes dégagés dans les arrêts *Khan* et *Smith* à la branche particulière de la règle du oui-dire, qui empêchait traditionnellement l'admission, quant au fond, des déclarations antérieures incompatibles des témoins.

B. *La règle orthodoxe relative aux déclarations antérieures incompatibles*

Notre Cour a adopté, pour la première fois, la règle selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne sont admissibles que pour attaquer la crédibilité dans l'arrêt *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531. Le juge Rand s'est exprimé en ces termes (aux pp. 537 et 538):

[TRADUCTION] Il est bien établi que la portée de ces déclarations est généralement limitée à la question de la crédibilité et qu'elles ne peuvent servir à prouver les faits auxquels elles se rapportent: *Rex c. Dibble* (1908), 1 Cr. A.R. 155, *Rex c. Harris* (1927), 20 Cr. A.R. 144, *Rex c. Francis & Barber*, [1929] 3 D.L.R. 593. Il est tout à fait exact qu'il peut être difficile de dissocier le contenu de ces déclarations des faits soumis au jury par le témoin et d'effacer l'influence qu'elles peuvent avoir sur l'esprit des jurés lorsqu'ils analysent l'ensemble de la preuve; mais toute autre règle exposerait une personne à un récit monté de toute pièce, ce qui est un trop grand risque. Cependant, le champ du contre-interrogatoire est ouvert, à la discrétion de la cour, et le contenu de la déclaration peut être passé au crible du témoignage. On pourrait penser qu'il y a là une raison suffisante de permettre au jury de disposer à son gré de tous les faits, y compris la déclaration, mais la pratique des tribunaux a démontré que cette solution n'en est pas une.

Comme je l'ai souligné dans *B. (K.G.)*, la règle orthodoxe relative aux déclarations antérieures incompatibles est un exemple particulier de la règle interdisant l'admission du oui-dire. Le oui-dire n'est pas admissible comme preuve parce que sa fiabilité ne peut être vérifiée.

Outre son usage pour attaquer la crédibilité, en application de la règle orthodoxe, une déclaration

used if the fact that it was made has some probative value in and of itself. This “non-hearsay” use of what would otherwise be hearsay was considered at length in *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653. In that case, statements made to witnesses that an individual had a pregnant dog and was in the chain-link fencing business were considered admissible. Whether the statements were true was irrelevant; the probative value came from the fact that the accused also had these characteristics. Sopinka J. stated (at pp. 662-63):

Quite apart from the truth of the contents, the statements have some probative value on the issue of identity. On the issue of identity, the fact that certain representations are made is probative as it narrows the identity of the declarant to the group of people who are in a position to make similar representations

. . . The statement has probative value without assuming the truth of the statement because the mere fact that it was made tells us something relevant about the declarant that connects him to the accused.

While *Evans* did not deal specifically with a prior inconsistent statement, the rule it enunciates applies to all statements which would be disallowed under the hearsay rule if tendered for the truth of their contents.

The Crown in this case did not assert that the daughter’s statement was admissible for the truth of its contents on the basis of the *B. (K.G.)* modification to the orthodox rule, which I will discuss below. Accordingly, the case was argued in this Court, as in the court below, under the orthodox rule. The Crown took the position that the trial judge’s instruction to the jury to compare the daughter’s statement to the accused’s did not require that the daughter’s statement be true. The fact that the daughter made a statement with certain striking similarities to her father’s admission was asserted to be probative on the issue of whether his statement was true, regardless of whether her statement was true. This reasoning was accepted by the majority of the Court of

antérieure incompatible peut être utilisée si le fait qu’il y a eu déclaration a une valeur probante en soi. Cette utilisation, «fondée sur une preuve ne constituant pas du ouï-dire», de ce qui serait autrement du ouï-dire a été longuement examinée dans l’arrêt *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653. Dans cette affaire, des déclarations faites à des témoins selon lesquelles un individu avait une chienne qui allait avoir des chiots et était installateur de clôtures ont été jugées admissibles. La question de savoir si ces déclarations étaient véridiques ou non n’était pas pertinente; la valeur probante provenait du fait que l’accusé avait également ces caractéristiques. Le juge Sopinka a dit (aux pp. 662 et 663):

En dehors de la véracité de leur contenu, elles ont une certaine valeur probante pour la question de l’identité. En effet, le fait que certaines déclarations sont faites est probant, car cela restreint l’identité de leur auteur au groupe de personnes qui peuvent faire des déclarations analogues . . .

. . . Cette déclaration a une valeur probante sans qu’il soit nécessaire de présumer la véracité de son contenu, car pour le simple motif qu’elle a été faite, elle révèle au sujet de son auteur un élément pertinent qui établit un lien entre celui-ci et l’accusé.

Certes, l’arrêt *Evans* ne portait pas expressément sur une déclaration antérieure incompatible, mais la règle qu’elle énonce s’applique à toutes les déclarations qui seraient rejetées en application de la règle du ouï-dire si elles étaient produites pour établir la véracité de leur contenu.

En l’espèce, le ministère public n’a pas affirmé que la déclaration de la fille était admissible pour établir la véracité de son contenu compte tenu de la modification apportée par l’arrêt *B. (K.G.)* à la règle orthodoxe, ce dont je discuterai plus loin. En conséquence, c’est sous le régime de la règle orthodoxe que l’espèce a été débattue tant devant notre Cour que devant la Cour d’appel. Le ministère public a estimé que la directive que le juge du procès a donnée au jury de comparer la déclaration de la fille avec celle de l’accusé n’exigeait pas que la déclaration de la fille soit véridique. Le fait que la déclaration de la fille avait certaines similitudes frappantes avec l’aveu du père était considéré comme ayant une valeur probante à l’égard de la détermination de la véracité de la déclaration de ce

Appeal (*per Osborne J.A.*), which stated (at p. 559):

When the appellant's admissions to a significant degree mirror the allegations *made* by the complainant, as they did here, it seems to me to follow that the fact that the appellant's confession was as similar as it was to the complainant's allegations of sexual misconduct, is evidence which increases the likelihood that the appellant's confession was true. Put another way, the fact that the complainant said what she did in her statement adds value to the appellant's confession to the police. The comparison which the jury was invited to make would test the coincidence which is evident from a consideration of the substance of both statements. This analysis does not depend on the truth of the complainant's statement but rather on the fact that she made it.

I acknowledge that one could resort to the same thought process to support a finding that the complainant's statement was true. That, however, is a closed avenue of analysis as the complainant's statement is not admissible as proof of the truth of what she said in it. The hearsay rule forecloses that use of her prior inconsistent statement. [Emphasis in original.]

25

Under this reasoning, the prior inconsistent statement, which according to the hearsay rule cannot be relied upon for its truth, is used to bolster the inference that the accused's admission is true. However, with respect, it seems obvious that if the admission is true, the prior inconsistent statement must therefore also be true. In other words, it is impossible to undertake the chain of reasoning accepted by the majority in the court below without also inferring that the daughter's prior inconsistent statement is true. This was precisely the basis of Houlden J.A.'s dissenting opinion. He stated (at p. 544):

Osborne J.A., while acknowledging that the prior inconsistent statement of the complainant could not be used by the jury to prove the truth of its contents, is of the opinion that it could be used to prove the truth of what was contained in the appellant's statement. With respect, I do not agree. By using the statement in that

dernier, indépendamment de la question de savoir si la déclaration de la fille était véridique. Ce raisonnement a été accepté par la Cour d'appel à la majorité (le juge Osborne), qui a dit (à la p. 559):

[TRADUCTION] Lorsque les aveux de l'appelant reflètent, dans une large mesure, les allégations *faites* par la plaignante, comme c'est le cas en l'espèce, je crois qu'il faut comprendre que le fait que la confession de l'appelant était aussi semblable qu'elle l'était aux allégations d'inconduite sexuelle faites par la plaignante constitue une preuve qui renforce la probabilité que la confession de l'appelant soit véridique. Autrement dit, le fait que la plaignante ait dit ce qu'elle a fait dans sa déclaration ajoute de la valeur à la confession faite par l'appelant à la police. La comparaison que le jury a été invité à faire permettrait de vérifier la coïncidence qui ressort d'un examen de l'essence des deux déclarations. Cette analyse dépend, non pas de la véracité de la déclaration de la plaignante, mais du fait qu'il y a eu déclaration de sa part.

Je reconnais qu'on pourrait recourir à la même réflexion pour étayer la conclusion que la déclaration de la plaignante était véridique. Toutefois, cette analyse n'est pas permise puisque la déclaration de la plaignante n'est pas admissible comme preuve de la véracité de ce qu'elle y a dit. La règle du oui-dire interdit l'utilisation de sa déclaration antérieure incompatible. [En italique dans l'original.]

Selon ce raisonnement, la déclaration antérieure incompatible qui, en application de la règle du oui-dire, ne peut être invoquée pour en établir la véracité, est utilisée pour soutenir la conclusion que l'aveu de l'accusé est véridique. Toutefois, en toute déférence, il semble évident que, si l'aveu est véridique, la déclaration antérieure incompatible doit l'être également. Autrement dit, il est impossible d'accepter le raisonnement adopté par la majorité de la juridiction inférieure sans pour autant conclure que la déclaration antérieure incompatible de la fille est véridique. C'était précisément là le fondement de l'opinion dissidente du juge Houlden. Il a tenu les propos suivants (à la p. 544):

[TRADUCTION] Bien que le juge Osborne ait reconnu que la déclaration antérieure incompatible de la plaignante ne pouvait être utilisée par le jury pour prouver la véracité de son contenu, il estime qu'on pouvait s'en servir pour prouver la véracité de ce qui figurait dans la déclaration de l'appelant. Je me permets de ne pas être

fashion, the prior inconsistent statement of the complainant is, in effect, being used to prove the truth of what is contained in the complainant's statement.

Referring to the chain of reasoning which Osborne J.A. had suggested was permissible, he continued (at p. 544):

... when the members of the jury compare the two statements, I do not believe that they will be able to prevent themselves from travelling that prohibited avenue.

With respect to Osborne J.A., I am in agreement with Houlden J.A.'s assessment of the chain of reasoning proposed by the majority. The principle that a statement which would be hearsay if tendered for the truth of its contents is admissible for proof that it was made, provided that the fact it was made is probative, remains valid. Nonetheless, its application in this particular case is inappropriate because every scenario in which the daughter's prior inconsistent statement is probative leads necessarily to some inference about whether it is true.

Having reached this conclusion however, with respect, I am not prepared to agree with Houlden J.A.'s proposed resolution of the case. As I detailed in my judgment in *B. (K.G.)*, *supra*, the orthodox rule against the substantive use of prior inconsistent statements has been harshly criticized as unnecessarily rigid in light of the evidentiary dangers against which the hearsay rule aims to provide protection. Before discussing how I apply the rationale underlying *B. (K.G.)* to this case, I will briefly restate the essential points of that judgment to emphasize their continued importance.

C. *The Rationale of the R. v. B. (K.G.) Decision*

In my majority decision in *B. (K.G.)*, *supra*, I reviewed the history and development of the orthodox rule against substantive use of prior inconsistent statements, the hearsay rationale underlying the rule, and the gradual erosion of the rule. The objective of this review was to demonstrate the

d'accord. Si la déclaration est utilisée de cette façon, la déclaration antérieure incompatible de la plaignante est en fait utilisée pour prouver la véracité de ce qui y figure.

Faisant état du raisonnement qui, selon le juge Osborne, était acceptable, le juge Houlden a ajouté (à la p. 544):

[TRADUCTION] ... lorsque les membres du jury comparent les deux déclarations, je ne crois pas qu'ils puissent s'empêcher d'emprunter cette méthode interdite.

En toute déférence pour le juge Osborne, je suis d'accord avec l'évaluation faite par le juge Houlden du raisonnement proposé par la majorité. Qu'une déclaration qui serait du oui-dire si elle était produite pour établir la véracité de son contenu soit admissible pour prouver qu'elle a été faite, pourvu que le fait qu'il y a eu déclaration ait une valeur probante, demeure un principe valide. Toutefois, son application à l'espèce n'est pas appropriée, car chaque hypothèse où la déclaration antérieure incompatible de la fille a une valeur probante amène nécessairement à faire des déductions quant à sa véracité.

Ayant tiré cette conclusion, je ne suis pas, avec égards, disposé à trancher l'espèce de la façon proposée par le juge Houlden. Comme je l'ai exposé en détail dans mes motifs de l'arrêt *B. (K.G.)*, précité, la règle orthodoxe interdisant l'utilisation, quant au fond, de déclarations antérieures incompatibles a été durement critiquée pour sa rigidité inutile compte tenu des dangers en matière de preuve que la règle du oui-dire vise à prévenir. Avant de discuter de la façon dont j'applique à l'espèce le raisonnement qui sous-tend l'arrêt *B. (K.G.)*, je reformulerai brièvement les points essentiels de cet arrêt pour insister sur leur importance continue.

C. *Le fondement de l'arrêt R. c. B. (K.G.)*

Dans mes motifs majoritaires de l'arrêt *B. (K.G.)*, précité, j'ai examiné l'historique et l'évolution de la règle orthodoxe interdisant l'utilisation, quant au fond, de déclarations antérieures incompatibles, le oui-dire comme fondement de la règle et l'érosion graduelle de la règle. Cet examen

26

27

28

logic of reforming the orthodox rule to make our treatment of witnesses' prior inconsistent statements consistent with our rulings on hearsay in *Khan, supra*, and *Smith, supra*. These steps are equally important in my analysis here and I will, therefore, recapitulate the essential points. The orthodox rule is a particular branch of the hearsay rule because the dangers it aims to minimize are precisely those which the hearsay rule is aimed at: the absence of an oath; the inability of the trier of fact to assess the demeanour of the declarant as the statement is made; and the lack of contemporaneous cross-examination. Academic commentators have criticized the orthodox rule primarily on the basis that the risks associated with hearsay are ill-founded or non-existent when the recanting witness is on the stand.

visait à démontrer la logique de la réforme de la règle orthodoxe pour rendre le traitement que nous réservons aux déclarations antérieures incompatibles conforme à nos décisions sur le oui-dire dans les arrêts *Khan* et *Smith*, précités. Ces démarches sont également importantes en l'espèce, et je récapitulerai donc les points essentiels. La règle orthodoxe est une branche particulière de la règle du oui-dire parce que les dangers qu'elle cherche à minimiser sont ceux-là mêmes que la règle du oui-dire vise: l'absence de serment, l'impossibilité pour le juge des faits d'apprécier le comportement de l'auteur au moment où la déclaration est faite et l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire. Les commentateurs ont critiqué la règle orthodoxe principalement sur le fait que les risques associés au oui-dire sont mal fondés ou inexistantes lorsque le témoin qui se rétracte est à la barre.

29

The orthodox rule that prior inconsistent statements are not admissible for the truth of their contents was first stated in *Wright v. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143. Challenges to it, on the basis that when a witness is present to be cross-examined the trier of fact should be free to decide which version of their story is preferable, date at least from *Attorney General v. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259. The rule was first adopted, unanimously, by this Court in *Deacon v. The King, supra*. The only hint of dissension respecting the orthodox rule in Canada was contained in the reasons of Estey J. in *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588. While Estey J. rejected the orthodox rule on the narrow basis of the proper interpretation of s. 9(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (now R.S.C., 1985, c. C-5), he reviewed the hearsay rationale of the rule and noted its weakness given that the declarant is on the stand available for cross-examination. Since *McInroy*, the orthodox rule was not challenged directly in this Court in any case prior to *B. (K.G.)*.

La règle orthodoxe selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne sont pas admissibles pour établir la véracité de leur contenu a pour la première fois été énoncée dans *Wright c. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143. Les contestations de cette règle, pour le motif que lorsqu'un témoin est présent pour être contre-interrogé, il devrait être loisible au juge des faits de décider laquelle des versions du récit est préférable, remontent au moins à l'arrêt *Attorney General c. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259. Cette règle a pour la première fois été adoptée à l'unanimité par notre Cour dans l'arrêt *Deacon c. The King*, précité. La seule allusion de discordance concernant la règle orthodoxe au Canada se trouve dans les motifs du juge Estey dans *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588. Bien que le juge Estey ait rejeté la règle orthodoxe pour le motif restreint de l'interprétation appropriée du par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5), il a examiné le oui-dire comme fondement de la règle et a noté sa faiblesse étant donné que l'auteur de la déclaration est à la barre des témoins et peut être contre-interrogé. Depuis l'arrêt *McInroy*, la règle orthodoxe n'a été directement contestée devant notre Cour dans aucune affaire antérieure à *B. (K.G.)*.

In my view, the most serious of the hearsay dangers is the absence of contemporaneous cross-examination. In *B. (K.G.)* the central question to be answered was whether the absence of contemporaneous cross-examination was a sufficient reason to exclude the statement from the jury as substantive evidence. I concluded that it was not. I also noted that law reformers on the bench, in legislatures, and on law reform commissions, have often sought to modify the orthodox rule. In particular, it has been abandoned in most jurisdictions in the United States.

In my analysis in *B. (K.G.)*, I next proceeded to construct a reformed rule concerning prior inconsistent statements based on the principles set down in *Khan, supra*, and *Smith, supra*. These cases established that the traditional inflexible approach to the hearsay rule and its exceptions, which relied on fitting different types of evidence into rigid categories or pigeon-holes, was to be rejected in favour of an approach which would allow evidence to be admitted and used substantively when it is shown to be reliable and necessary (at p. 783):

I am of the view that evidence of prior inconsistent statements of a witness other than an accused should be substantively admissible on a principled basis, following this Court's decisions in *Khan* and *Smith*. However, it is clear that the factors identified in those cases — reliability and necessity — must be adapted and refined in this particular context, given the particular problems raised by the nature of such statements.

I concluded that when the reliability and necessity criteria were met, prior inconsistent statements of witnesses other than the accused are substantively admissible, provided that they would have been admissible as the witness's sole testimony.

While the ultimate reliability of the statement and the weight to attach to it are to be determined

À mon avis, le plus grave danger du ouï-dire réside dans l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire. Dans *B. (K.G.)*, la principale question à laquelle il fallait répondre était de savoir si l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire était une raison suffisante pour que la déclaration soit exclue comme preuve de fond de l'examen par le jury. J'ai conclu que ce n'en était pas une. J'ai également noté que les réformateurs du droit, qu'ils soient dans la magistrature, dans les assemblées législatives ou dans les commissions de réforme du droit, ont souvent cherché à modifier la règle orthodoxe. En particulier, elle a été abandonnée dans les plupart des juridictions aux États-Unis.

Dans l'analyse que j'ai faite dans l'arrêt *B. (K.G.)*, j'ai procédé à l'élaboration d'une règle réformée concernant les déclarations antérieures incompatibles en tenant compte des principes dégagés dans les arrêts *Khan* et *Smith*, précités. Ces arrêts ont établi que la démarche traditionnelle inflexible relative à la règle du ouï-dire et de ses exceptions, qui reposait sur le classement de différents types de preuve dans des catégories rigides ou compartiments, devait être rejetée en faveur d'une démarche qui permettrait que des éléments de preuve soient admis et utilisés quant au fond lorsqu'il est démontré qu'ils sont fiables et nécessaires (à la p. 783):

Je suis d'avis que la preuve des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin, autre que l'accusé, doit être admissible quant au fond, d'après l'analyse fondée sur les principes élaborés dans les arrêts de notre Cour, *Khan* et *Smith*. Toutefois, il est clair que les facteurs énoncés dans ces arrêts — fiabilité et nécessité — doivent être adaptés et raffinés dans le contexte présent, vu les problèmes particuliers soulevés par la nature de ces déclarations.

J'ai conclu que lorsque les critères de la fiabilité et de la nécessité étaient remplis, les déclarations antérieures incompatibles de témoins autres que l'accusé étaient admissibles quant au fond, pourvu qu'elles soient admissibles comme unique témoignage du témoin.

La fiabilité de la déclaration et le poids à y attacher doivent être en fin de compte déterminés par

30

31

32

by the trier of fact, the judge will always be required to make a threshold determination of reliability. I suggested that the best way to ensure reliability would be to ensure that the statement had been given under oath, solemn affirmation or solemn declaration, made after a warning that the witness would be amenable to prosecution for lying. However, I clearly stated (at p. 792):

... I do not wish to create technical categorical requirements duplicating those of the old approach to hearsay evidence. It follows from *Smith* that there may be situations in which the trial judge concludes that an appropriate substitute for the oath is established and that notwithstanding the absence of an oath the statement is reliable. Other circumstances may serve to impress upon the witness the importance of telling the truth, and in so doing provide a high degree of reliability to the statement. While these occasions may not be frequent, I do not foreclose the possibility that they might arise under the principled approach to hearsay evidence.

I continued by stating that the objection regarding inability to observe the witness making the prior statement is met when the earlier statement is videotaped in its entirety. I stated, however, that this requirement was not absolute and that "it may be possible that the testimony of an independent third party who observes the making of the statement in its entirety could, in exceptional circumstances, also provide the requisite reliability with respect to demeanour evidence" (p. 794). Finally, with regard to the most serious hearsay danger, the lack of contemporaneous cross-examination, I held that this was the most easily remedied of all dangers, given that the witness was on the stand at trial.

le juge des faits, mais le juge sera toujours tenu de faire une détermination préliminaire de la fiabilité. J'ai dit que la meilleure façon de garantir la fiabilité consisterait à s'assurer que la déclaration avait été faite sous serment ou par affirmation ou déclaration solennelles, après un avertissement que le témoin serait passible de poursuite s'il mentait. Toutefois, j'ai clairement déclaré (à la p. 792):

... je n'ai nullement l'intention de créer des exigences techniques par catégories, analogues à celles que comportait l'ancienne conception régissant la preuve par oui-dire. Il découle de l'arrêt *Smith* que, dans certains cas, il est possible que le juge du procès conclue à l'existence d'un substitut suffisant au serment et à la fiabilité de la déclaration en dépit de l'absence d'un serment. Il peut arriver que d'autres circonstances fassent bien comprendre au témoin l'importance de dire la vérité et rendent ainsi la déclaration très fiable. Il peut s'agir de cas peu fréquents, mais je n'exclus pas la possibilité qu'ils puissent se produire sous le régime de l'analyse fondée sur des principes de la preuve par oui-dire.

J'ai ajouté que l'objection relative à l'impossibilité d'observer le témoin qui a fait la déclaration antérieure est écartée lorsque la déclaration antérieure est enregistrée sur bande vidéo dans son intégralité. J'ai néanmoins dit que cette exigence n'était pas absolue et qu'«il se peut que le témoignage d'une personne indépendante qui observe le témoin pendant toute la durée de la déclaration puisse, dans des cas exceptionnels, assurer aussi la fiabilité requise quant à la preuve touchant le comportement» (p. 794). En dernier lieu, pour ce qui est du danger le plus grave du oui-dire qu'est l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire, j'ai conclu que, parmi tous les dangers, c'était celui auquel on pourrait le plus facilement remédier, étant donné que le témoin était à la barre au procès.

33

The above considerations, confronting the dangers associated with hearsay evidence, all contribute to ensuring the evidence is reliable. The second factor guiding admissibility of hearsay outlined in *Khan* and *Smith* is necessity. In the case of prior inconsistent statements, the evidence is considered

Les facteurs ci-dessus, devant les dangers liés à la preuve par oui-dire, contribuent tous à garantir la fiabilité de la preuve. Le second facteur régissant l'admissibilité du oui-dire exposé dans *Khan* et *Smith* est la nécessité. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, la preuve est con-

necessary because evidence of the same value could not otherwise be obtained.

In sum, I held in *B. (K.G.)* that the gravest danger associated with hearsay evidence simply does not exist in the case of prior inconsistent statements because the witness is available for cross-examination. The other two dangers, absence of an oath and absence of demeanour evidence, can be met through appropriate police procedures and occasionally appropriate substitutes can be found. Finally, the prior statement is necessary evidence when a witness recants. The trial judge must make a threshold assessment of reliability at a *voir dire*; however, the ultimate determinations of how reliable the prior inconsistent statement is and what weight it should have remain with the trier of fact.

Khan and *Smith* establish that hearsay evidence will be substantively admissible when it is necessary and sufficiently reliable. Those cases also state that both necessity and reliability must be interpreted flexibly, taking account of the circumstances of the case and ensuring that our new approach to hearsay does not itself become a rigid pigeon-holing analysis. My decision in *B. (K.G.)* is an application of those principles to a particular branch of the hearsay rule, the rule against the substantive admission of prior inconsistent statements. The primary distinction between *B. (K.G.)*, on the one hand, and *Khan* and *Smith*, on the other, is that in *B. (K.G.)* the declarant is available for cross-examination. This fact alone goes part of the way to ensuring that the reliability criterion for admissibility is met. The case at bar differs from *B. (K.G.)* only in terms of available indicia of reliability. Necessity is met here in the same way it was met in *B. (K.G.)*: the prior statement is necessary because evidence of the same quality cannot be obtained at trial. For that reason, assessing the reliability of the prior inconsistent statement at issue here is determinative.

sidérée nécessaire parce qu'on ne pourrait autrement obtenir une preuve de la même valeur.

En somme, j'ai conclu dans *B. (K.G.)* que le plus grave danger lié à la preuve par ouï-dire n'existe simplement pas dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le témoin peut être contre-interrogé. Les deux autres dangers, à savoir l'absence de serment et l'absence de preuve touchant le comportement, peuvent être écartés au moyen de procédures policières appropriées, et on peut parfois trouver des substituts adéquats. En dernier lieu, la déclaration antérieure est une preuve nécessaire lorsqu'un témoin se rétracte. Le juge du procès doit faire une évaluation préliminaire de la fiabilité à l'occasion d'un voir-dire; toutefois, les décisions finales sur le degré de fiabilité de la déclaration antérieure incompatible et sur le poids qu'il convient d'y attacher relèvent du juge des faits.

Il ressort des arrêts *Khan* et *Smith* que la preuve par ouï-dire sera admissible quant au fond lorsqu'elle est nécessaire et suffisamment fiable. Il y est également dit qu'on doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l'affaire et veillant à ce que notre nouvelle façon d'aborder le ouï-dire ne devienne pas en soi une analyse rigide de catégories. Ma décision dans *B. (K.G.)* est une application de ces principes à une branche particulière de la règle du ouï-dire, la règle interdisant l'admission quant au fond des déclarations antérieures incompatibles. La principale distinction entre l'arrêt *B. (K.G.)* d'une part, et les arrêts *Khan* et *Smith* d'autre part, réside dans le fait que, dans l'arrêt *B. (K.G.)*, l'auteur de la déclaration peut être contre-interrogé. Ce seul fait contribue à l'assurance du respect du critère de l'admissibilité quant à la fiabilité. L'espèce diffère de l'arrêt *B. (K.G.)* seulement quant aux indices de fiabilité disponibles. Le critère de la nécessité est rempli en l'espèce de la même façon qu'il y est satisfait dans *B. (K.G.)*: la déclaration antérieure est nécessaire parce qu'une preuve de la même qualité ne peut être obtenue au procès. C'est pour cette raison qu'il est déterminant d'évaluer la fiabilité de la déclaration antérieure incompatible en question en l'espèce.

D. *Assessing the Reliability of Prior Inconsistent Statements*

(1) The Reliability Risks

36

As I discussed at length in *B. (K.G.)*, there are primarily three concerns about the reliability of hearsay: (i) it is not subject to contemporaneous cross-examination; (ii) it is not given under oath; and (iii) the trier of fact does not have an opportunity to observe the declarant making the statement. In *B. (K.G.)*, I considered appropriate substitutes for the latter two reliability concerns, in light of my conclusion that cross-examination of a recanting witness at trial was an almost perfect substitute for contemporaneous cross-examination. I emphasize here that all three of these criteria, together, go to the question of reliability.

37

Criticism of the orthodox rule against prior inconsistent statements has focused primarily on the fact that the declarant is available at trial to be cross-examined and absence of cross-examination is the most important risk underlying the hearsay rule. Wigmore links cross-examination to the theory underlying the hearsay rule:

The fundamental test, shown by experience to be invaluable, is the test of *cross-examination*. The rule [against hearsay], to be sure, calls for two elements, cross-examination proper, and confrontation; but the former is the essential and indispensable feature, the latter is only subordinate and dispensable.

1. The theory of the hearsay rule is that the many possible deficiencies, suppressions, sources of error and untrustworthiness, which lie underneath the bare untested assertion of a witness, may be best brought to light and exposed by the test of cross-examination . . . It is sufficient here to note that the hearsay rule, as accepted in our law, signifies *a rule rejecting assertions, offered testimonially, which have not been in some way subjected to the test of cross-examination:*

D. *Évaluation de la fiabilité des déclarations antérieures incompatibles*

1) Les dangers quant à la fiabilité

Ainsi que j'en ai longuement discuté dans *B. (K.G.)*, il existe principalement trois préoccupations concernant la fiabilité du ouï-dire; (i) il y a absence de contemporanéité du contre-interrogatoire; (ii) il y a absence de serment et (iii) le juge des faits n'a pas la possibilité d'observer l'auteur de la déclaration. Dans *B. (K.G.)*, j'ai examiné des substituts adéquats pour les deux dernières préoccupations quant à la fiabilité, compte tenu de ma conclusion que le contre-interrogatoire d'un témoin qui se rétracte au procès était un substitut presque parfait à la contemporanéité du contre-interrogatoire. J'insiste en l'espèce sur le fait que les trois critères, dans leur ensemble, portent sur la question de la fiabilité.

Les critiques de la règle orthodoxe interdisant les déclarations antérieures incompatibles se sont principalement concentrées sur le fait que l'auteur peut être contre-interrogé au procès et que l'absence de contre-interrogatoire est le risque le plus important qui sous-tend la règle du ouï-dire. Wigmore relie le contre-interrogatoire à la théorie qui sous-tend la règle du ouï-dire:

[TRADUCTION] Le critère fondamental, qui s'est, par expérience, révélé inestimable, est le critère du *contre-interrogatoire*. La règle [interdisant le ouï-dire] exige, bien sûr, deux éléments, à savoir le contre-interrogatoire comme tel et la confrontation; mais le premier est la caractéristique essentielle et indispensable, le second n'est que l'élément subordonné et dont on peut se passer.

1. La théorie de la règle du ouï-dire réside dans le fait que les nombreux vices, suppressions, sources d'erreur et manques de fiabilité possibles, qui se trouvent en dessous de la simple affirmation non vérifiée d'un témoin, peuvent se faire jour par le recours au test du contre-interrogatoire. [. . .] En l'espèce, il suffit de noter que la règle du ouï-dire, telle qu'elle a été acceptée dans notre droit, s'entend d'une *règle rejetant les affirmations, faites au cours d'un témoignage, qui n'ont pas d'une certaine façon été soumises au test du contre-interrogatoire:*

In the preceding passages, the testing required by the hearsay rule is spoken of as cross-examination *under oath*. But it is clear beyond doubt that the oath, as thus referred to, is merely an incidental feature customarily accompanying cross-examination, and that cross-examination is the essential and real test required by the rule. [Emphasis in original.]

(*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn Rev. 1974), §1362, at pp. 3 and 10.)

The importance of cross-examination to assuring that evidence which would otherwise be hearsay is acceptable is also emphasized in the Law Reform Commission of Canada's *Report on Evidence* (1975). Commenting on the recommendation that prior statements, both consistent and inconsistent, be substantively admissible, the Report states (at p. 70):

...if a witness is on the stand and can be cross-examined about a prior statement made by him, there is little reason not to accord this statement the same status as one made by him on the witness stand. In many instances the prior statement will have been made under circumstances that tend to render it more reliable than statements made by him on the witness stand. It might have been made when his memory of the event was fresher, and before he was influenced by the parties or subsequent events. In any case if the prior statement is inconsistent with the witness' present testimony, the witness will have the opportunity of denying it or explaining the inconsistencies. If the prior statement is consistent with the witness' present testimony, the cross-examiner will be able to explore the circumstances surrounding the making of the prior statement to reveal the weight that should be given to it.

When a witness takes the stand at a trial and, under oath, gives a different version of the story than one previously recorded, doubt is cast on the credibility of the witness and on the truth of both versions of the story. This is what effective cross-examiners hope to achieve. In discussing Rule 801(d)(1) of the American Federal Rules of Evidence, which states that a prior inconsistent statement given under oath and subject to cross-exami-

Dans les passages précédents, la vérification exigée par la règle du oui-dire s'entend d'un contre-interrogatoire *sous serment*. Mais il est indubitablement clair que le serment, tel qu'il a été mentionné, est simplement une caractéristique accessoire qui accompagne habituellement le contre-interrogatoire, et que le contre-interrogatoire est le test essentiel et véritable qu'exige la règle. [En italique dans l'original.]

(*Wigmore on Evidence*, vol. 5 (Chadbourn Rev. 1974), §1362, aux pp. 3 et 10.)

L'importance du contre-interrogatoire visant à s'assurer que la preuve qui serait par ailleurs du oui-dire est acceptable a été soulignée également dans le *Rapport sur la preuve* (1975) de la Commission de réforme du droit du Canada. Commentant la recommandation que les déclarations antérieures, tant compatibles qu'incompatibles, soient admissibles quant au fond, le rapport dit (à la p. 79):

Si au cours de sa déposition à l'audience, un témoin peut être contre-interrogé au sujet d'une déclaration antérieure on voit mal pourquoi on n'accorderait pas à cette déclaration un statut identique à celle qu'il fait à l'audience. Dans bien des cas, les circonstances entourant la première déclaration la rendent plus digne de foi qu'une affirmation faite à la barre des témoins. Au moment où il a fait sa déclaration, l'individu avait peut-être les événements plus frais à la mémoire, ou bien il n'avait pas encore subi l'influence des parties ou d'événements subséquents. De toute façon, s'il y a incompatibilité entre la déclaration antérieure et sa déposition à l'audience, le témoin aura l'occasion de le nier ou de s'en expliquer. Par contre, s'il y a concordance entre les deux versions, le contre-interrogatoire permettra d'explorer les circonstances entourant la première déclaration et de révéler ainsi le poids qu'il conviendrait de lui accorder.

Lorsqu'une personne témoigne sous serment dans un procès et donne une version du récit différente de celle auparavant consignée, elle suscite des doutes sur sa crédibilité et sur la véracité des deux versions du récit. C'est ce que les contre-interrogateurs efficaces cherchent à accomplir. En analysant la règle 801(d)(1) des Federal Rules of Evidence des États-Unis, qui dit qu'une déclaration antérieure incompatible faite sous serment et

nation is not hearsay, McCormick comments on the value of cross-examination in this situation:

The witness who has told one story aforesaid and another today has opened the gates to all the vistas of truth which the common law practice of cross-examination and re-examination was invented to explore. The reasons for the change of face, whether forgetfulness, carelessness, pity, terror, or greed, may be explored by the two questioners in the presence of the trier of fact, under oath, casting light on which is the true story and which the false. It is hard to escape the view that evidence of a prior inconsistent statement, when declarant is on the stand to explain it if he can, has in high degree the safeguards of examined testimony. In addition, allowing it as substantive evidence pays a further dividend in avoiding a limiting instruction quite unlikely to be heeded by a jury.

(*McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), at p. 120.)

39

Cross-examination alone, therefore, goes a substantial part of the way to ensuring that the reliability of a prior inconsistent statement can be adequately assessed by the trier of fact. In *B. (K.G.)*, I wrote that prior inconsistent statements subject to cross-examination, made under oath and videotaped would be substantively admissible because each of the hearsay dangers would be addressed. I also, however, indicated that in certain particular circumstances a prior inconsistent statement could be admitted even in the absence of an oath and a video record, although not in the absence of cross-examination. In my assessment, this is one of the cases where there are sufficient circumstantial guarantees of reliability that the statement of the complainant ought to have been admitted for the truth of its contents.

(2) Beyond *B. (K.G.)*

40

In addition to the situations I described in *B. (K.G.)*, a threshold of reliability can sometimes be established, in cases where the witness is available for cross-examination, by a striking similarity

soumise à un contre-interrogatoire ne constitue pas du oui-dire, McCormick commente la valeur du contre-interrogatoire dans cette situation:

[TRADUCTION] Le témoin qui a déjà donné une version différente de celle qu'il donne aujourd'hui a ouvert la porte à l'examen de tous les aspects de la vérité que la pratique du contre-interrogatoire et du réinterrogatoire en common law a été conçue pour explorer. Les raisons de la volte-face, que ce soit l'oubli, l'insouciance, la pitié, la terreur ou l'appât du gain, peuvent être fouillées par les deux procureurs en présence du juge des faits, alors que le témoin est sous serment, mettant en lumière la vérité et le mensonge. Il est difficile de ne pas estimer que la preuve d'une déclaration antérieure incompatible, lorsque l'auteur se trouve à la barre pour l'expliquer s'il le peut, présente dans une large mesure les garanties d'un témoignage vérifié. En outre, l'accepter comme preuve de fond présente l'avantage additionnel de permettre d'éviter une directive restrictive dont un jury risque fort de ne pas tenir compte.

(*McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), à la p. 120.)

Par conséquent, le contre-interrogatoire seul contribue pour une large part à l'assurance que la fiabilité d'une déclaration antérieure incompatible peut être adéquatement évaluée par le juge des faits. Dans *B. (K.G.)*, j'ai dit que les déclarations antérieures incompatibles soumises à un contre-interrogatoire, faites sous serment et enregistrées sur bande vidéo, seraient admissibles quant au fond parce que chacun des dangers du oui-dire serait écarté. Cependant, j'ai également indiqué que, dans certaines circonstances particulières, une déclaration antérieure incompatible pouvait être admise même en l'absence d'un serment et d'un enregistrement vidéo, mais non sans un contre-interrogatoire. J'estime que l'espèce est l'un des cas où il existe des garanties circonstancielles suffisantes de fiabilité pour que la déclaration de la plaignante ait dû être admise pour établir la véracité de son contenu.

2) Au-delà de l'arrêt *B. (K.G.)*

Outre les situations que j'ai décrites dans *B. (K.G.)*, l'établissement d'un seuil de fiabilité est parfois possible, dans les cas où le témoin peut être contre-interrogé, lorsqu'il existe une similitude

between two statements. When two statements contain similar assertions of fact, one of the following must be true:

1. The similarity is purely coincidental.
2. The similarity is the result of collusion between the two declarants, before one or both of their statements were made.
3. The second declarant knew of the contents of the first statement, and based his or her statement in whole or in part on this knowledge.
4. The similarity is due to the influence of third parties, such as an interrogator, who affected the contents of one or both of the statements.
5. The similarity occurred because the two declarants were both referring to an actual event — that is, they were both telling the truth.

The first four explanations are, of course, equally consistent with the similar portions of the statement being true or false. It becomes possible to conclude that the similar portions of the statements are true only when it can be established that none of the first four alternatives are likely, and that the fifth option is thus the only likely explanation. Consequently, striking similarities between two statements will only enhance the likelihood that either of the statements is reliable when there is a basis for rejecting as unlikely all the alternative explanations.

In order to eliminate, or at least substantially reduce, the likelihood of a similarity between two statements arising through coincidence, the similar factual assertion must be so striking that it is highly unlikely two people would have independently fabricated it. If the similarities between two statements are not sufficiently striking, comparing them will not provide the circumstantial guarantee of trustworthiness necessary to meet the threshold requirement of reliability since coincidence will not have been ruled out as an explanation. In some

frappante entre deux déclarations. Lorsque deux déclarations contiennent des affirmations de fait semblables, l'une des situations suivantes doit être vraie:

1. La similitude est une pure coïncidence.
2. La similitude résulte de la collusion entre les deux auteurs avant que l'une des déclarations ou les deux n'aient été faites.
3. L'auteur de la seconde déclaration connaissait le contenu de la première déclaration et a fondé sa déclaration en tout ou en partie sur cette connaissance.
4. La similitude est due à l'influence de tiers, tel un interrogateur, qui a influé sur le contenu de l'une des déclarations ou des deux.
5. Il y a similitude parce que les auteurs des deux déclarations faisaient tous deux état d'un événement réel — c'est-à-dire que tous les deux disaient la vérité.

Les quatre premières explications sont, bien entendu, également compatibles, que les parties semblables de la déclaration soient véridiques ou fausses. Il est donc possible de conclure que les parties semblables des déclarations ne sont véridiques que lorsqu'on peut établir qu'aucune des quatre premières solutions n'est probable, et que la cinquième option est donc la seule explication probable. En conséquence, les similitudes frappantes entre deux déclarations ne font qu'accroître la probabilité que l'une ou l'autre des déclarations soit digne de foi lorsqu'il y a un fondement pour rejeter, parce que peu probables, toutes les autres explications.

Pour éliminer, ou au moins réduire considérablement, la probabilité d'une similitude entre deux déclarations née d'une coïncidence, l'affirmation factuelle semblable doit être si frappante qu'il est fort peu probable que deux personnes l'aient fabriquée de façon indépendante. Si les similitudes entre deux déclarations ne sont pas suffisamment frappantes, les comparer ne donnera pas la garantie circonstancielle de fiabilité nécessaire pour remplir la condition du seuil de fiabilité, puisque l'hypothèse d'une coïncidence n'aura pas été écartée

cases, the necessary degree of similarity will result from the unique nature of particular factual assertions in both statements. In other situations, while there may not be any points of similarity that are sufficiently striking to render coincidence unlikely when viewed standing alone, it may be that the cumulative combination of similar points renders the overall similarity between the two statements sufficiently distinctive to reject coincidence as a likely explanation.

42 In general, it will only be possible to reject the possibility that the second statement was tainted by outside influence or collusion if the statements were made in circumstances providing sufficient guarantees against the possibility of collusion by the declarants, prior knowledge of the first statement by the second declarant, or influence by the interrogator or some other third party. In cases involving an accused's purely inculpatory statement, the prospect of there having been collusion between the accused and the other declarant will tend to be remote, unless there is evidence indicating that the accused had a reason to conspire with a witness to falsely incriminate himself or herself. In other situations, however, it may not be possible to rule out the possibility of collusion — for example, an accused might make a statement that is partly inculpatory and partly exculpatory and then attempt to argue that similarities with a witness's exculpatory statement justify substantively admitting the witness's statement.

43 To eliminate the possibility that the second declarant's statement was influenced by prior knowledge of the first declarant's statement, there must ordinarily be evidence that the two declarants did not have an opportunity for communication prior to the making of the second statement, as well as evidence that the second declarant did not have access to a record of the contents of the first statement. Similarly, to remove the possibility of suggestion by the interrogator, it will generally be necessary to have evidence of how the interviews were conducted — whether the interrogator knew

comme explication. Dans certains cas, le degré de similitude nécessaire découlera de la nature unique d'affirmations factuelles particulières figurant dans les deux déclarations. Dans d'autres cas, bien qu'il puisse n'exister aucun point de similitude suffisamment frappant pour rendre la coïncidence peu probable lorsqu'on l'examine isolément, il se peut que la combinaison cumulative des points semblables rende la similitude globale entre les deux déclarations suffisamment distinctive pour rejeter la coïncidence comme une explication possible.

En général, on ne pourra rejeter la possibilité que la seconde déclaration ait été entachée par une influence extérieure ou une collusion que si les déclarations ont été faites dans des circonstances donnant des garanties suffisantes contre la possibilité de collusion de la part de leurs auteurs, la connaissance antérieure de la première déclaration par l'auteur de la seconde ou l'influence de l'interrogateur ou d'un autre tiers. Dans les cas mettant en cause la déclaration purement inculpatrice d'un accusé, l'éventualité d'une collusion entre l'accusé et l'auteur de l'autre déclaration tendra à être éloignée, à moins que la preuve n'indique que l'accusé avait un motif de conspirer avec un témoin pour s'auto-incriminer faussement. Dans d'autres cas toutefois, il ne sera peut-être pas possible d'écarter l'éventualité d'une collusion — par exemple, un accusé pourrait faire une déclaration qui est en partie inculpatrice et en partie disculpatoire et tenter par la suite de faire valoir que les similitudes avec la déclaration disculpatoire d'un témoin justifient l'admissibilité, quant au fond, de la déclaration du témoin.

Pour éliminer la possibilité que l'auteur de la seconde déclaration ait été influencé par la connaissance antérieure de la première déclaration, il doit y avoir ordinairement une preuve que les auteurs des deux déclarations n'ont pas eu la possibilité de communiquer avant la seconde déclaration, ainsi qu'une preuve que l'auteur de la seconde déclaration n'a pas eu accès au contenu de la première déclaration consignée. De même, pour écarter la possibilité de suggestion par l'interrogateur, il sera, en général, nécessaire d'avoir la preuve de la façon dont les interrogatoires ont été

of the first statement or asked leading questions, and so on. If the second statement was videotaped or audiotaped, there will ordinarily be sufficient evidence for a judge or jury to determine if the similar portions of the statement were really the product of the declarant's own mind rather than third party suggestion. If no taped record is available, the testimony of persons present during the making of the second statement may suffice to eliminate the possibility of similarities between the two statements at issue having arisen as a result of outside suggestion.

When these circumstances exist in the case of a prior inconsistent statement being compared to another statement which is already substantively admissible, and when the declarant is available for cross-examination, the trial judge may rule the prior inconsistent statement meets the threshold of reliability to be substantively admissible. The ultimate determination of whether the prior inconsistent statement is credible or reliable as proof of its contents rests, of course, with the trier of fact.

I anticipate that instances of statements so strikingly similar as to bolster their reliability will be rare. In keeping with our principled and flexible approach to hearsay, other situations may arise where prior inconsistent statements will be judged substantively admissible, bearing in mind that cross-examination alone provides significant indications of reliability. It is not necessary in this case to decide if cross-examination alone provides an adequate assurance of threshold reliability to allow substantive admission of prior inconsistent statements.

E. *The Voir Dire*

I set out the proper procedure for the *voir dire* in my reasons in *B. (K.G.)*, at pp. 799-804. After the calling party invokes s. 9 of the *Canada Evidence Act*, and fulfils its requirements in the *voir dire*

menés — de savoir si l'interrogateur était au courant de la première déclaration ou a posé des questions suggestives et ainsi de suite. Si la seconde déclaration a été enregistrée sur bande vidéo ou sur bande sonore, il y aura d'ordinaire une preuve suffisante pour permettre à un juge ou à un jury de déterminer si les parties semblables de la déclaration étaient réellement le propre de son auteur plutôt que le produit de la suggestion de tiers. Si aucun enregistrement sur bande n'existe, le témoignage des personnes présentes au moment de la seconde déclaration peut suffire à éliminer la possibilité que les similitudes entre les deux déclarations en question découlent de la suggestion extérieure.

Lorsque ces circonstances existent dans le cas où une déclaration antérieure incompatible est comparée à une autre déclaration qui est déjà admissible quant au fond et lorsque l'auteur peut être contre-interrogé, le juge du procès peut décider que la déclaration antérieure incompatible remplit les conditions du seuil de fiabilité pour être admissible quant au fond. Déterminer finalement si la déclaration antérieure incompatible est digne de foi ou fiable en tant que preuve de son contenu relève, bien entendu, du juge des faits.

Je m'attends à ce que soient rares les cas de déclarations dont la similitude est frappante au point d'étayer leur fiabilité. Conformément à notre démarche en matière de oui-dire fondée sur des principes et souple, il peut y avoir d'autres situations où les déclarations antérieures incompatibles seront jugées admissibles quant au fond, compte tenu du fait que le contre-interrogatoire seul donne d'importants indices de fiabilité. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de décider si le contre-interrogatoire seul donne une assurance suffisante quant au seuil de fiabilité pour permettre l'admission, quant au fond, de déclarations antérieures incompatibles.

E. *Le voir-dire*

J'ai exposé la procédure à suivre pour le voir-dire dans mes motifs de l'arrêt *B. (K.G.)*, aux pp. 799 à 804. Après que la partie qui a cité le témoin a invoqué l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au*

44

45

46

held under that section, the party must then state its objectives in tendering the statement. If the statement will only be used to impeach the witness, the inquiry ends at this point. If, however, the calling party wishes to make substantive use of the statement, the *voir dire* must continue so that the trial judge can assess whether a threshold of reliability has been met. The necessity criterion need not be assessed as it is met whenever a witness recants. The first factor contributing to reliability is the cross-examination of the witness. If the witness provides an explanation for changing his or her story, the trier of fact will be able to assess both versions of the story, as well as the explanation. However, where a witness does not recall making an earlier statement, or refuses to answer questions, the trial judge should take into account that this may impede the jury's ability to assess the ultimate reliability of the statement.

Canada et satisfait à ses exigences dans un voir-dire tenu conformément à cet article, elle doit alors déclarer dans quelle intention elle produit la déclaration. Si la déclaration sera utilisée seulement pour attaquer la crédibilité du témoin, l'enquête prend fin à ce stade. Si, toutefois, la partie qui a cité le témoin désire faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le voir-dire doit se poursuivre pour que le juge du procès puisse examiner si le seuil de fiabilité a été atteint. Le critère de la nécessité n'a pas à être examiné puisqu'il y a nécessité toutes les fois qu'un témoin se rétracte. Le premier facteur contribuant à la fiabilité est le contre-interrogatoire du témoin. Si le témoin donne une explication du changement de son récit, le juge des faits sera en mesure d'évaluer les deux versions du récit, ainsi que l'explication. Toutefois, lorsqu'un témoin ne se rappelle pas avoir fait une déclaration antérieure, ou refuse de répondre à des questions, le juge du procès devrait tenir compte du fait que cela peut empêcher le jury d'évaluer la fiabilité ultime de la déclaration.

47 If the additional indicia of reliability I specified in *B. (K.G.)* are present, an oath or affirmation following a warning of penal consequences for lying, and a videotape of the statement, the reliability assessment can be relatively easily made. If the reliability criterion is to be met, in rare cases, by the striking similarity between the statement being assessed and another statement which is already clearly substantively admissible, the trial judge must be satisfied on a balance of probabilities that there are striking similarities between the two statements, and that there was neither reason nor opportunity for the declarants to collude and no improper influence by interrogators or other third parties.

Si les indices additionnels de fiabilité que j'ai mentionnés dans *B. (K.G.)* sont présents, à savoir le serment ou l'affirmation après un avertissement des conséquences pénales du mensonge et l'enregistrement sur bande vidéo de la déclaration, l'évaluation de la fiabilité peut être faite de façon relativement facile. S'il faut satisfaire au critère de la fiabilité, dans de rares cas, au moyen de la similitude frappante entre la déclaration examinée et une autre déclaration qui est déjà clairement admissible quant au fond, le juge du procès doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe des similitudes frappantes entre les deux déclarations et qu'il n'existait aucune raison, aucune possibilité pour leurs auteurs d'agir de connivence, ni aucune influence induite de la part d'interrogateurs ou d'autres tiers.

48 At this stage, the trial judge need only be convinced on a balance of probabilities that the statement is likely to be reliable, as this is the normal burden of proof resting upon a party seeking to admit evidence. The trial judge must also ascertain at this stage that the prior statement relates evi-

À cette étape, il suffit que le juge du procès soit convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il est possible que la déclaration soit fiable, puisqu'il s'agit là du fardeau de la preuve habituel qui incombe à la partie qui cherche à faire admettre des éléments de preuve. Le juge du pro-

dence which would be admissible as the witness's sole testimony.

I would also highlight here the proviso I specified in *B. (K.G.)* that the trial judge must be satisfied on the balance of probabilities that the statement was not the product of coercion of any form, whether involving threats, promises, excessively leading questions by the investigator or other person in a position of authority, or other forms of investigatory misconduct.

The trial judge at this stage is not making a final determination about the ultimate reliability and credibility of the statement. The trial judge need not be satisfied that the prior statement is true and should be believed in preference to the witness's current testimony.

If the trial judge determines that the statement meets the threshold reliability criterion and is thus substantively admissible, he or she must direct the trier of fact to follow a two-step process in evaluating the evidence. The trier of fact must first be certain that the statement which is being used as a reliability referent was made, without taking into account the prior inconsistent statement under consideration. Once the trier of fact is satisfied that the other statement was made, the trier of fact may compare the similarities between the two statements and, if they are sufficiently striking that it is unlikely that two people would have independently fabricated them, the trier of fact may draw conclusions from that comparison about the truth of the statements.

Finally, where the trial judge finds that the statement is not sufficiently reliable to be used substantively, it may still, of course, be used to impeach credibility or for the fact that it was made. In other words, the orthodox rule will still apply if the minimum reliability threshold is not met.

cès doit également s'assurer que, à cette étape, la déclaration antérieure rapporte la preuve qui serait admissible comme unique témoignage du témoin.

Je soulignerais également les conditions que j'ai précisées dans *B. (K.G.)*, à savoir que le juge du procès doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la déclaration n'est pas le produit de la coercition, que ce soit menaces, promesses, questions trop suggestives de l'enquêteur ou d'une autre personne en situation d'autorité, ou autres manquements des enquêteurs.

À cette étape, le juge du procès ne détermine pas de façon définitive la fiabilité et la crédibilité de la déclaration. Il n'est pas nécessaire que le juge du procès soit convaincu que la déclaration antérieure est vraie et qu'il faut y ajouter foi de préférence au témoignage du témoin.

Si le juge du procès détermine que la déclaration satisfait au critère du seuil de fiabilité et est donc admissible quant au fond, il doit donner au juge des faits la directive de suivre un processus à deux étapes dans l'évaluation de la preuve. Le juge des faits doit en premier lieu être certain que la déclaration qui est utilisée comme référence de fiabilité a été faite, sans tenir compte de la déclaration antérieure incompatible examinée. Une fois que le juge des faits est persuadé que l'autre déclaration a été faite, il peut comparer les similitudes entre les deux déclarations et, si elles sont si frappantes qu'il est peu probable que deux personnes puissent les avoir fabriquées, il peut tirer de cette comparaison des conclusions sur la véracité des déclarations.

En dernier lieu, lorsque le juge du procès trouve que la déclaration n'est pas suffisamment fiable pour être utilisée quant au fond, celle-ci peut toujours, bien entendu, être utilisée pour attaquer la crédibilité ou pour prouver le fait qu'il y a eu déclaration. Autrement dit, la règle orthodoxe s'appliquera encore s'il n'est pas satisfait au critère du minimum de fiabilité.

49

50

51

52

F. *Application to This Appeal*

53

In this case, the recanting witness was cross-examined in detail about her reasons for changing her story at a preliminary inquiry, on a *voir dire* under s. 9 of the *Canada Evidence Act*, and before the jury. She provided a comprehensive explanation for changing her story which could be assessed by both the trial judge and the jury and therefore eliminates the most important danger of hearsay evidence. The statements made by the accused and by his daughter contained both a significant number of similarities in detail and the strikingly similar assertion that the most recent sexual contact between the two had been the previous evening. As a *voir dire* was also held with regard to the accused's statement, there was also sufficient evidence presented to found a conclusion that the accused and his daughter had neither a reason nor an opportunity to collude, and that the accused was not improperly influenced by the police officers who took his statement. On the basis of all these factors, I conclude that her statement was, therefore, substantively admissible at trial.

54

The jury was not, of course, instructed in accordance with the procedures I have set out here. Nonetheless, the statements in question are so strikingly similar that I am satisfied that had the instruction been given, the jury would inevitably have been satisfied as to their reliability on the basis which I have outlined above. In these circumstances, the absence of a specific instruction in this regard did not occasion any wrong or miscarriage of justice. The objection that the jury instructions left open the possibility that the daughter's statement would be used for the truth of its contents does not arise given my conclusion that the statement was substantively admissible.

55

Accordingly, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

F. *Application au présent pourvoi*

En l'espèce, le témoin qui se rétracte a été contre-interrogé en détail sur les raisons pour lesquelles elle a modifié son histoire à une enquête préliminaire, à l'occasion d'un voir-dire sous le régime de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et devant le jury. Elle a donné une explication détaillée de la modification de son histoire qui pouvait être évaluée tant par le juge du procès que par le jury, ce qui élimine donc le danger le plus important de la preuve par ouï-dire. Les déclarations faites par l'accusé et sa fille contenaient à la fois un grand nombre de similitudes dans les détails et l'affirmation, d'une similitude frappante, selon laquelle le contact sexuel le plus récent entre les deux avait eu lieu le soir précédent. Comme un voir-dire a également été tenu relativement à la déclaration de l'accusé, une preuve suffisante a été présentée pour conclure que l'accusé et sa fille n'avaient aucune raison ni aucune possibilité d'agir de connivence et que l'accusé n'avait pas été abusivement influencé par les policiers qui ont recueilli sa déclaration. Compte tenu de ces facteurs, je conclus que la déclaration de la plaignante était donc admissible comme preuve de fond au procès.

Bien entendu, le jury n'a pas reçu de directive conformément aux procédures que j'ai exposées en l'espèce. Néanmoins, les similitudes entre les déclarations en question sont si frappantes que je suis persuadé que, si la directive avait été donnée, le jury aurait inévitablement été convaincu de leur fiabilité selon le fondement que j'ai déjà mentionné. Dans les circonstances, l'absence d'une directive expresse à cet égard n'a occasionné aucun tort ou erreur judiciaire. L'objection selon laquelle les directives au jury ont donné lieu à la possibilité que la déclaration de la fille soit utilisée pour établir la véracité de son contenu n'a pas sa raison d'être vu ma conclusion que la déclaration était admissible comme preuve de fond.

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

Les motifs suivants ont été rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J. — The appellant was charged with having committed a number of sexual offences against his daughter, the complainant. He was tried before a judge and jury and convicted of one count of incest and two counts of sexual touching. He was sentenced to two years less a day of incarceration, and to a period of probation. The appellant appealed to the Ontario Court of Appeal, a majority of which (Houlden J.A. dissenting) dismissed the appeal: (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378. It is from this decision that the appellant appeals to this Court as of right.

As the Chief Justice points out, the sole ground of appeal raised by the appellant concerns a prior inconsistent statement made by the complainant to the police. Prior to trial, the complainant told the police that the appellant had, since mid-December 1987, regularly engaged in a variety of sexual acts with her. In her statement, she described these acts and when they had occurred. These descriptions were similar to those contained in a confession the appellant made to the police following his arrest. At trial, the complainant acknowledged making her pre-trial statement, but testified that these allegations concerning the relevant sexual encounters were false. Similarly, the appellant acknowledged making most of the statements attributed to him by police. However, he too testified that his statements regarding the relevant sexual encounters were false. Specifically, he claimed to have made them up due to his fear of the police.

The question raised on this appeal is twofold. First, was the complainant's prior inconsistent statement admissible for the purpose of comparison with the appellant's unadopted confession in order to determine whether the unadopted confession was to be believed? Second, did the charge to the jury adequately explain the use which could be made of the complainant's prior inconsistent statement?

As regards the first issue, I agree with the Chief Justice that, in the case at hand, the complainant's

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — L'appelant a été accusé d'avoir commis certaines infractions d'ordre sexuel contre sa fille, la plaignante. Il a été jugé devant un juge et un jury et a été déclaré coupable d'un chef d'accusation d'inceste, et de deux chefs d'accusation de contacts sexuels. Il a été condamné à un emprisonnement de deux ans moins un jour et à une période de probation. L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, dont la majorité (le juge Houlden étant dissident) a rejeté l'appel: (1994), 90 C.C.C. (3d) 541, 72 O.A.C. 117, 32 C.R. (4th) 378. C'est contre cette décision que l'appelant s'est, de plein droit, pourvu devant notre Cour.

Comme le Juge en chef le souligne, le seul moyen invoqué par l'appelant porte sur une déclaration antérieure incompatible faite par la plaignante à la police. Antérieurement au procès, la plaignante a dit à la police que l'appelant avait, depuis la mi-décembre de 1987, régulièrement commis divers actes sexuels avec elle. Dans sa déclaration, elle a décrit ces actes et le moment de leur survenance. Ces descriptions étaient semblables à celles figurant dans une confession que l'appelant avait faite à la police à la suite de son arrestation. Au procès, la plaignante a reconnu avoir fait cette déclaration, mais elle a témoigné que ces allégations concernant les activités sexuelles en cause étaient fausses. De même, l'appelant a reconnu avoir fait la plupart des déclarations que la police lui avait attribuées. Toutefois, il a, lui aussi, témoigné que ses déclarations concernant les activités sexuelles étaient fausses. Il a expressément prétendu les avoir faites par peur de la police.

La question ici en litige soulève deux points. En premier lieu, la déclaration antérieure incompatible de la plaignante était-elle recevable aux fins de comparaison avec la confession rétractée de l'appelant pour déterminer si celle-ci devait être crue? En second lieu, les directives au jury expliquaient-elles suffisamment l'usage qu'on pourrait faire de la déclaration antérieure incompatible de la plaignante?

Pour ce qui est du premier point, je conviens avec le Juge en chef qu'en l'espèce, la déclaration

56

57

58

59

prior inconsistent statement was admissible for the purpose of comparison with the appellant's confession. However, unlike my colleague, I do not believe that the similarities between the two statements must be "striking" before the jury can be permitted to use the prior inconsistent statement for this purpose. In my view, so long as there are significant similarities between the two statements, as there clearly were in this case, a witness's prior inconsistent statement will be admissible for purposes of comparison with an accused's unadopted confession in order to assess the truth of that confession. In this respect, I adopt the following statement by Osborne J.A. at the Court of Appeal (at p. 559 C.C.C.):

The appellant's confession and the complainant's statement concerned the same events. They were made separately, in circumstances which militated against joint fabrication. Each statement referred to relevant, and personal, events in generally similar terms. Both statements referred to two incidents of non-sexual assault. Both statements referred to sexual intercourse having taken place on the night before the statements were made. In the circumstances, only the appellant and the complainant would have had knowledge of the relevant events. When the appellant's admissions to a significant degree mirror the allegations made by the complainant, as they did here, it seems to me to follow that the fact that the appellant's confession was as similar as it was to the complainant's allegations of sexual misconduct, is evidence which increases the likelihood that the appellant's confession was true. Put another way, the fact that the complainant said what she did in her statement adds value to the appellant's confession to the police. The comparison which the jury was invited to make would test the coincidence which is evident from a consideration of the substance of both statements. This analysis does not depend on the truth of the complainant's statement but rather on the fact that she made it. [Bold and underlining added; italics in original.]

antérieure incompatible de la plaignante était recevable aux fins de comparaison avec la confession de l'appelant. Mais, à la différence de mon collègue, je ne crois pas que la similitude entre les deux déclarations doive être «frappante» avant que le jury puisse être autorisé à faire usage de la déclaration antérieure incompatible à cette fin. J'estime que, du moment qu'il existe une similitude importante entre les deux déclarations, comme, de toute évidence, il y en a eu en l'espèce, la déclaration antérieure incompatible d'un témoin sera recevable aux fins de comparaison avec la confession rétractée d'un accusé afin d'en évaluer la véracité. À cet égard, je fais miens les propos suivants du juge Osborne de la Cour d'appel (à la p. 559 C.C.C.):

[TRADUCTION] La confession de l'appelant et la déclaration de la plaignante portaient sur les mêmes événements. Elles ont été faites séparément, dans des circonstances qui militaient contre la fabrication conjointe. Chaque déclaration faisait état, en des termes généralement similaires, d'événements pertinents et personnels. Les deux déclarations ont mentionné deux incidents d'agression à caractère non sexuel. Les deux ont fait mention du rapport sexuel qui avait eu lieu la nuit précédant le jour où les déclarations ont été faites. Dans les circonstances, seuls l'appelant et la plaignante auraient eu connaissance des événements pertinents. Lorsque les aveux de l'appelant reflètent, dans une large mesure, les allégations faites par la plaignante, comme c'est le cas en l'espèce, je crois qu'il faut comprendre que le fait que la confession de l'appelant était aussi semblable qu'elle l'était aux allégations d'inconduite sexuelle faites par la plaignante constitue une preuve qui renforce la probabilité que la confession de l'appelant soit véridique. Autrement dit, le fait que la plaignante ait dit ce qu'elle a fait dans sa déclaration ajoute de la valeur à la confession faite par l'appelant à la police. La comparaison que le jury a été invité à faire mettrait à l'épreuve la coïncidence qui ressort d'un examen de l'essence des deux déclarations. Cette analyse dépend, non pas de la véracité de la déclaration de la plaignante, mais du fait qu'elle l'a faite. [Caractères gras et soulignement ajoutés; en italique dans l'original.]

60

As to the second issue raised by this appeal, the adequacy of the jury charge, I agree with the Chief Justice that the trial judge adequately instructed the jury concerning the use it could make of the complainant's prior inconsistent statement and would,

Quant au second point soulevé dans le présent pourvoi, soit le caractère suffisant des directives au jury, je suis d'accord avec le Juge en chef que le juge du procès a donné des directives suffisantes au jury concernant l'usage que ce dernier pouvait

accordingly, dispose of the appeal as suggested by the Chief Justice.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Bruce Durno, Toronto.

Solicitor for the respondent: Renee M. Pomerance, Toronto.

faire de la déclaration antérieure incompatible de la plaignante, et je disposerais du pourvoi comme le suggère le Juge en chef.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Bruce Durno, Toronto.

Procureur de l'intimée: Renee M. Pomerance, Toronto.

INDEX

APPEAL

Supreme Court of Canada — Stay of execution — Court granting leave to appeal from Court of Appeal's judgment reducing support payable to ex-wife — Ex-wife applying for order for interim maintenance pending appeal — Whether single judge has jurisdiction to deal with application — If so, whether application should be granted — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

G. (L.) v. B. (G.), 367.

BANKRUPTCY

Priorities — Set-off — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, s. 133(1), (3) — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136.

HUSKY OIL OPERATIONS LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 453.

CIVIL RIGHTS

Discrimination on basis of age — Mandatory retirement — Police officer — Defence of bona fide occupational requirement — Board of Inquiry finding that mandatory retirement at age 60 for police officers not a bona fide occupational requirement — Whether Board properly applied subjective and objective tests for a bona fide occupational requirement — Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, s. 4(6).

LARGE v. STRATFORD (CITY), 733.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Provincial motor vehicle offence — Absolute or strict liability — Accused charged with driving motor vehicle while prohibited — Whether s. 94(1) of British Columbia Motor Vehicle Act, when read in conjunction with s. 92, creates absolute liability offence which violates

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Ignorance of the law — Notice.

R. v. PONTES, 44.

2. Division of powers — Charter of Rights — Freedom of expression — Commercial advertising — Cigarette advertising banned — Whether or not legislation validly enacted under criminal law power or under peace, order and good government clause — If so, whether or not Act's provisions infringing s. 2(b) Charter right to freedom of expression — If so, whether or not infringements justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Constitution Act, 1867, Preamble, s. 91(27) — Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20, ss. 4, 5, 6, 8, 9.

RJR-MACDONALD INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 199.

3. Charter of Rights — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Infringement of right against unreasonable search and seizure — Tapes of conversations made without warrant but with consent of one of the parties pursuant to current legal advice conceded to infringe s. 8 right to freedom from unreasonable search and seizure — Whether or not admission of tapes would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. WIESINHA, 422.

4. Division of powers — Paramountcy — Conflict between provincial and federal law — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act.

HUSKY OIL OPERATIONS LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 453.

5. Charter of Rights — Applicability of Charter outside Canada's boundaries — Trial fairness — Exclusion of evidence — Evidence obtained abroad according to foreign local law — Foreign law requiring less exacting procedural standard than Charter — Whether failure of foreign police to comply with Canadian law rendering evidence so obtained inadmissible — Whether principles of fundamental justice and the right to a fair trial permit exclusion

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

of evidence obtained outside Canada — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d), 24(1), (2), 32.

R. v. HARRER, 562.

CONTRACTS

1. Employment — Breach of contract — Damages — Assessment — Tenured professor suing university for breach of contract — Damages to be amount of salary and benefits from termination until normal retirement, subject to obligation to mitigate.

COHNSTAEDT V. UNIVERSITY OF REGINA, 451.

2. Sale of goods — Implied conditions — Implied warranty — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether implied conditions under Sale of Goods Act applicable — Whether implied warranty exists at common law that semen would be of merchantable quality and fit for its purpose — Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370.

TER NEUZEN V. KORN, 674.

CRIMINAL LAW

1. Provincial motor vehicle offence — Absolute or strict liability — Accused charged with driving motor vehicle while prohibited — Whether combined effect of ss. 94(1) and 92 of British Columbia Motor Vehicle Act creates absolute or strict liability offence.

R. v. PONTES, 44.

2. Defences — Alibi — Disclosure requirements — Defence weakened if disclosure requirements not met — Third party conversation with police following arrest — Whether alibi witness' conversation clearly indicating alibi — If so, whether curative provisions of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. CLEGHORN, 175.

3. Obstruction of justice — Law Society investigation — False declarations made on behalf of and at behest of person under investigation — Whether or not obstruction of justice — Whether or not term "course of justice" includes investigations — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 118, 139(1), (2), (3).

R. v. WIJESINHA, 422.

4. Evidence — Prior inconsistent statements — Admissibility — Accused and complainant making separate statements containing similarities to police — Accused and complainant recanting at

CRIMINAL LAW—Concluded

trial — Whether trial judge erred in inviting jury to compare complainant's prior inconsistent statement with accused's statement to police in determining if prosecution had established guilt.

R. v. U. (F.J.), 764.

DAMAGES

Non-pecuniary damages — Limit — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether trial judge erred in failing to charge jury on rough upper limit on non-pecuniary damages — If not, whether damages awarded for non-pecuniary loss ought to be adjusted accordingly.

TER NEUZEN V. KORN, 674.

DIVORCE

1. Support — Variation — *De facto* union — Separation agreement incorporated in divorce judgment providing for payment of support to wife — Agreement concluded by parties at time when to husband's knowledge wife was seeing friend with whom she now cohabits — Whether change sufficient to justify varying support — To what extent court's discretion limited by agreement — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15, 17.

G. (L.) v. B. (G.), 370.

2. Support — Variation — Separation agreement incorporated in divorce judgment providing for payment of child support — Agreement concluded by parties when child was a minor, whereas he is now married and independent — Whether change sufficient to justify cancelling child support — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15, 17.

G. (L.) v. B. (G.), 370.

IMMIGRATION

Convention refugee — Well-founded fear of persecution because of membership in particular social group or political opinion — Likelihood of forced sterilization following breach of China's one-child policy — Confession as to involvement in pro-democracy movement — Whether or not appellant had well-founded fear of persecution for reasons of membership in a particular social group (his family) or political opinion — Whether or not sterilization a form of "persecution" within the meaning of s. 2(1)(a) of the Immigration Act — Whether or not persons facing forced sterilization members of a "particular social group" — Whether or not persons refusing forced sterilization expressing a

IMMIGRATION—Concluded

“political opinion” — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) “Convention refugee”, (a)(i), (ii), (b), 3(g), 19(1)(c).

CHAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 593.

INCOME TAX

Deductions — Taxpayer purchasing parcel of raw land for resale at profit — Taxpayer engaged in adventure in the nature of trade — Land declining in value in subsequent years — Taxpayer claiming decline in fair market value of land as business loss in taxation years prior to its sale — Whether taxpayer entitled to make use of valuation scheme in s. 10(1) of Income Tax Act — Meaning of “business” and “inventory” — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9, 10(1), 248(1) “business”, “inventory” — Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, s. 1801.

FRIESEN V. CANADA, 103.

INSURANCE LAW

Interpretation — Driver shot in attempted hijacking of van — Regulation (s. 79(1)) providing coverage for “injury caused by an accident that arises out of the ownership, use or operation of a vehicle” — Whether or not a “causal connection” test should be used in interpreting s. 79(1) of the Regulation — If so, whether or not such a connection existed between the accident and the ownership — Whether or not van merely situs of a shooting and not causally connected to injuries — Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, s. 79(1).

AMOS V. INSURANCE CORP. OF BRITISH COLUMBIA, 405.

LIBEL AND SLANDER

1. Joint liability — Defences — Qualified privilege — Appellants alleging in three different documents that respondent lawyer had breached promise to give certain fees he was paid to community organization — Whether appellants defamed respondent —

LIBEL AND SLANDER—Concluded

Whether appellants jointly and severally liable for damage caused by all three publications — Whether defence of qualified privilege available.

BOTIUK V. TORONTO FREE PRESS PUBLICATIONS LTD., 3.

2. Damages — Aggravated damages — Special damages — Appellants alleging in three different documents that respondent lawyer had breached promise to give certain fees he was paid to community organization — Combined effect of documents clearly defamatory — Whether appellants motivated by malice — Whether award for aggravated damages should stand — Whether loss of business sufficiently pleaded to warrant special damages award.

BOTIUK V. TORONTO FREE PRESS PUBLICATIONS LTD., 3.

TORTS

Negligence — Physicians and surgeons — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether physician could be found negligent notwithstanding conformity with standard medical practice — Whether trial judge erred in instructing jury that prevailing standard of practice could itself be found to be negligent.

TER NEUZEN V. KORN, 674.

TRIAL

Privilege — Solicitor-client privilege — Privilege claimed in false affidavits made in response to Law Society investigation — Affidavits prepared to further criminal purpose of obstructing justice — Whether or not privilege attaching to documents.

R. V. WIJESINHA, 422.

INDEX

APPEL

Cour suprême du Canada — Sursis d'exécution d'un jugement — Autorisation de pourvoi accordée à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel qui a réduit le montant de la pension alimentaire versée à l'ex-épouse — Requête par l'ex-épouse pour une ordonnance alimentaire provisoire en attendant l'issue du pourvoi — Un juge seul a-t-il compétence pour entendre cette requête? — Dans l'affirmative, la requête doit-elle être accordée? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

G. (L.) C. B. (G.), 367.

CONTRATS

1. Emploi — Inexécution de contrat — Dommages-intérêts — Évaluation — Université poursuivie par un professeur permanent pour inexécution de contrat — Dommages-intérêts devant correspondre au montant du salaire et des avantages sociaux depuis la cessation d'emploi jusqu'à la date normale de retraite, sous réserve de l'obligation de limiter le préjudice subi.

COHNSTAEDT C. UNIVERSITÉ DE REGINA, 451.

2. Vente d'objets — Conditions implicites — Garantie implicite — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Les conditions implicites visées par la Sale of Goods Act sont-elles applicables? — Existe-t-il en common law une garantie implicite que le sperme sera de qualité marchande et adapté à l'usage auquel il est destiné? — Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370.

TER NEUZEN C. KORN, 674.

DIVORCE

1. Pension alimentaire — Modification — Concubinage — Convention de séparation incorporée dans le jugement de divorce prévoyant le paiement d'une pension alimentaire à l'épouse — Convention conclue par les parties à une époque où, à la connaissance du mari, l'épouse fréquentait un ami avec lequel elle fait maintenant vie commune — Ce changement est-il suffisamment important pour justifier la modification de la pension alimentaire? — Dans quelle mesure la discrétion du tribunal est-elle limitée par la convention? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15, 17.

G. (L.) C. B. (G.), 370.

DIVORCE—Fin

2. Pension alimentaire — Modification — Convention de séparation incorporée dans le jugement de divorce prévoyant le paiement d'une pension alimentaire à l'épouse pour le bénéfice de l'enfant — Convention conclue par les parties à une époque où l'enfant était mineur alors qu'il est maintenant marié et indépendant — Ce changement est-il suffisamment important pour justifier l'annulation de la pension alimentaire payable à l'épouse pour le bénéfice de l'enfant? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15, 17.

G. (L.) C. B. (G.), 370.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Dommages-intérêts non pécuniaires — Plafond — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur lorsqu'il a omis de parler du plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires dans son exposé au jury? — Dans la négative, y a-t-il lieu d'ajuster le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte non pécuniaire?

TER NEUZEN C. KORN, 674.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Infraction provinciale relative à la conduite d'un véhicule à moteur — Responsabilité stricte ou absolue — Personne accusée d'avoir conduit un véhicule à moteur alors qu'il lui était interdit de le faire — L'article 94(1) de la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique, lu conjointement avec l'art. 92, crée-t-il une infraction de responsabilité absolue qui viole l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Ignorance de la loi — Avis.

R. C. PONTES, 44.

2. Partage des compétences — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Publicité de la cigarette interdite — Les dispositions législatives ont-elles été valablement adoptées dans le cadre de la compétence en matière de droit criminel ou en vertu de la disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement? — Dans l'affirmative, les dispositions de la Loi violent-elles la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte? — Dans l'affirmative, les violations sont-elles justifiables

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91(27) — Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20, art. 4, 5, 6, 8, 9.

RJR-MACDONALD INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 199.

3. Charte des droits — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — Il est concédé que l'enregistrement de conversations, effectué sans mandat mais avec le consentement de l'une des parties, conformément à un avis juridique sur le droit en vigueur, porte atteinte au droit garanti à l'art. 8 — L'admission des enregistrements est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. WIJESINHA, 422.

4. Partage des pouvoirs — Prépondérance — Conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite?

HUSKY OIL OPERATIONS LTD. C. MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 453.

5. Charte des droits — Applicabilité de la Charte à l'extérieur du Canada — Équité du procès — Exclusion de la preuve — Preuve obtenue à l'étranger conformément à la loi du pays étranger — Droit étranger prévoyant une norme de procédure moins astreignante que celle de la Charte — L'omission des policiers étrangers de se conformer à la loi canadienne rend-t-elle inadmissible la preuve ainsi obtenue? — Les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable permettent-ils l'exclusion d'éléments de preuve obtenus à l'étranger? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 11d), 24(1), (2), 32.

R. C. HARRER, 562.

DROIT CRIMINEL

1. Infraction provinciale relative à la conduite d'un véhicule à moteur — Responsabilité stricte ou absolue — Personne accusée d'avoir conduit un véhicule à moteur alors qu'il lui était interdit de le faire — Les articles 94(1) et 92 de la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique ont-ils pour effet conjugué de créer une infraction de responsabilité absolue ou de responsabilité stricte?

R. C. PONTES, 44.

DROIT CRIMINEL—Fin

2. Moyens de défense — Alibi — Exigences de communication — Moyen de défense affaibli si les exigences ne sont pas respectées — Conversation entre un tiers et la police après l'arrestation — La conversation avec le témoin de l'alibi révélait-elle clairement l'alibi? — Dans l'affirmative, les dispositions réparatrices du Code criminel s'appliquent-elles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. CLEGHORN, 175.

3. Entrave à la justice — Enquête de la Société du barreau — Fausses déclarations faites pour le compte et à la demande d'une personne faisant l'objet d'une enquête — Y a-t-il eu entrave à la justice? — L'expression «cours de la justice» inclut-elle les enquêtes? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 118, 139(1), (2), (3).

R. C. WIJESINHA, 422.

4. Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Admissibilité — Déclarations distinctes comportant des similitudes faites à la police par l'accusé et la plaignante — Rétractation de l'accusé et de la plaignante au procès — Le juge du procès a-t-il eu tort d'inviter le jury à comparer la déclaration antérieure incompatible de la plaignante avec la déclaration faite par l'accusé à la police pour déterminer si la poursuite avait établi la culpabilité?

R. C. U. (F.J.), 764.

DROIT DES ASSURANCES

Interprétation — Conducteur atteint par des coups de feu au cours d'une tentative de détournement de sa fourgonnette — Règlement (art. 79(1)) prévoyant le versement d'indemnités relativement aux «blessures résultant d'un accident qui découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule» — Le critère du «lien de causalité» doit-il être utilisé pour interpréter l'art. 79(1) du règlement? — Dans l'affirmative, existait-il un lien de causalité entre l'accident et la propriété? — La fourgonnette était-elle simplement le lieu où des coups de feu ont été tirés et n'avait-elle aucun lien de causalité avec les blessures? — Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, art. 79(1).

AMOS C. INSURANCE CORP. OF BRITISH COLUMBIA, 405.

FAILLITE

Ordre de priorité — Compensation — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite? — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S.

FAILLITE—Fin

1979, ch. W-17.1, art. 133(1), (3) — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 97(3), 136.

HUSKY OIL OPERATIONS LTD. C. MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 453.

IMMIGRATION

Réfugié au sens de la Convention — Crainte fondée de persécution du fait de l'appartenance à un groupe social ou des opinions politiques — Risque probable de stérilisation forcée par suite de la violation de la politique chinoise de l'enfant unique — Confession concernant la participation au mouvement pro-démocratique — L'appelant craint-il avec raison d'être persécuté du fait de son appartenance à un groupe social (sa famille) ou de ses opinions politiques? — La stérilisation est-elle une forme de «persécution» au sens de l'art. 2(1)a) de la Loi sur l'immigration? — Les personnes qui risquent d'être stérilisées de force font-elles partie d'un «groupe social»? — Les personnes qui refusent de subir la stérilisation forcée expriment-elles une «opinion politique»? — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention», a)(i), (ii), b), 3g), 19(1)c).

CHAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 593.

IMPÔT SUR LE REVENU

Déductions — Contribuable achetant un terrain vierge dans le but de le revendre avec bénéfice — Contribuable engagé dans un projet comportant un risque de caractère commercial — Baisse de valeur du terrain au cours des années subséquentes — Contribuable déduisant la diminution de la juste valeur marchande du terrain à titre de perte d'entreprise pour les années d'imposition antérieures à sa vente — Le contribuable peut-il recourir au régime d'évaluation établi à l'art. 10(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Sens des termes «entreprise» ou «affaire» et «inventaire» — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9, 10(1), 248(1) «entreprise» ou «affaire», «inventaire» — Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945, art. 1801.

FRIESEN C. CANADA, 103.

LIBELLE ET DIFFAMATION

1. Responsabilité conjointe — Moyens de défense — Immunité relative — Appelants alléguant, dans trois documents distincts, que l'avocat intimé a manqué à sa promesse de donner à un organisme communautaire certains honoraires qu'il avait touchés

LIBELLE ET DIFFAMATION—Fin

— Les appelants ont-ils diffamé l'intimé? — Les appelants sont-ils solidairement responsables du préjudice causé par les trois publications? — Peut-on invoquer le moyen de défense fondé sur l'immunité relative?

BOTIUK C. TORONTO FREE PRESS PUBLICATIONS LTD., 3.

2. Dommages-intérêts — Dommages-intérêts majorés — Dommages-intérêts spéciaux — Appelants alléguant, dans trois documents distincts, que l'avocat intimé a manqué à sa promesse de donner à un organisme communautaire certains honoraires qu'il avait touchés — Effet combiné des documents clairement diffamatoires — Les appelants étaient-ils motivés par la malveillance? — L'attribution de dommages-intérêts majorés devrait-elle être maintenue? — La perte de clientèle a-t-elle été suffisamment invoquée pour justifier l'attribution de dommages-intérêts spéciaux?

BOTIUK C. TORONTO FREE PRESS PUBLICATIONS LTD., 3.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Discrimination fondée sur l'âge — Retraite obligatoire — Policier — Défense fondée sur une exigence professionnelle normale — Conclusion de la commission d'enquête que la retraite obligatoire à 60 ans pour les policiers ne constitue pas une exigence professionnelle normale — La commission d'enquête a-t-elle appliqué correctement les critères subjectif et objectif relatifs à une exigence professionnelle normale? — Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, ch. 340, art. 4(6).

LARGE C. STRATFORD (VILLE), 733.

PROCÈS

Privilège — Secret professionnel de l'avocat — Privilège invoqué à l'égard de faux affidavits préparés en réponse à une enquête de la Société du barreau — Affidavits préparés dans le but criminel d'entraver la justice — Les documents sont-ils assujettis au privilège?

R. C. WJESINHA, 422.

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Négligence — Médecins et chirurgiens — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Le médecin peut-il être taxé de négligence même s'il a respecté la pratique courante? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en informant le jury

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

qu'il pouvait conclure que la pratique courante constituait en soi de la négligence?

TER NEUZEN C. KORN, 674.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9